



Par Olivier Gast,  
Avocat

La franchise qui apparaît aujourd'hui comme une des techniques contractuelles des plus prisées fait l'objet d'un débat doctrinal susceptible de faire perdre de vue l'effet utile du contrat de franchise et plus généralement l'efficacité économique recherchée par les parties. La présente étude, publiée en deux parties, propose un éclairage des thèses en présence.

## LA FRANCHISE À LA CROISÉE DES CHEMINS (1<sup>ÈRE</sup> PARTIE)

A constater l'effervescence doctrinale contemporaine ayant pour toile de fond le droit des contrats – et plus particulièrement les contrats de distribution intégrée –, un lecteur normalement attentif et avisé aurait la forte impression que se rejoue la querelle des Anciens, tenants d'une sorte de *Realpolitik* juridique dits « volontaristes », et des Modernes, défenseurs d'un moralo-légalisme aussi utopique qu'inconsistant dits « solidaristes ».

L'épicentre de ce séisme doctrinal se situe au sein des contrats de distribution intégrée, et au premier titre, des conventions de franchise, qui peuvent être considérées comme la forme emblématique et la plus aboutie de ce type de distribution.

Cette technique contractuelle met en présence deux commerçants professionnels, par nature juridiquement indépendants (1). Le premier est détenteur d'un savoir-faire spécifique, éprouvé et réitérable, appuyé sur une marque commerciale. Le second met en œuvre ledit savoir-faire, sous l'égide du franchiseur qui lui fournit une assistance technique continue. Ce savoir-faire est constamment actualisé par le franchiseur, afin de permettre aux franchiseés de « réaliser un meilleur impact sur le marché considéré [et] d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées » (2).

Ce bref rappel, qui peut sembler superflu, reste nécessaire. Il s'avère même essentiel, du fait de certaines approches jurisprudentielles, relayées et alimentées par le courant doctrinal du « solidarisme contractuel » (3), lesquelles tendent à vouloir faire application au droit commun des contrats de normes directement issues du droit du travail et du droit de la consommation (4). La pierre angulaire de ce raisonnement par analogie, qui occulte la spécificité intrinsèque du système de franchise, repose sur les notions de dépendance et de domination, à l'instar des liens qui peuvent se nouer entre professionnels et consommateurs, ou entre employeurs et salariés. Par nature, lit-on ici ou là, les contrats de franchise configurent des rapports de domination à la faveur du franchiseur, le franchiseé étant désigné comme la partie la plus faible économiquement et méritant à ce titre un statut protecteur spécifique (5).

Ainsi, il serait désormais indispensable de refonder, de réviser ou, à tout le moins, de rénover la théorie générale des contrats, à la lumière des développements nés de la redécouverte de l'alinéa 3 de l'article 1134 et de l'article 1135 du Code civil. Et ce, afin justement de prendre en compte cette situation de dépendance (6). La phraséologie employée fait grand cas du terme de « rééquilibrage » des rapports entre franchiseurs et franchiseés. Cette thématique du nécessaire rééquilibrage laisse à penser que fondamentalement, les relations continues entre franchiseurs et franchiseés sont inégalitaires – ce qu'elles sont effectivement – mais surtout arbitraires et injustifiées, en un mot, injustes.

Sur un plan rhétorique, on peut approuver la mission que se sont confiés les animateurs de ce mouvement : se ranger du côté des « faibles » et œuvrer afin que cessent les situations heurtant l'équité la plus élémentaire (7). Cependant, cette vision généreuse et « humaniste » ne doit pas nous leurrer (8). Cette entreprise doctrinale a pour effet, même si tel n'est pas son objet, de dénaturer singulièrement le contrat de franchise.

Car ce qui est en jeu n'est autre que l'efficacité de ce type de contrat pendant sa période d'exécution, ce que d'aucuns nomment son « utilité » (9). En effet, dans la configuration juridique que les auteurs solidaristes appellent de leurs vœux, une place

prédominante est accordée au juge, qui devient une véritable partie au contrat, plus qu'un simple arbitre des intérêts divergents des cocontractants.

Il n'est donc pas indifférent de s'interroger sur la place que le courant solidariste occupe dans la doctrine contemporaine et sur les risques de diffusion que son influence pourrait faire peser, sur le système de la franchise en particulier. Il convient dès lors d'examiner attentivement les théories exposées par les auteurs du courant solidariste pour en cerner à la fois les limites et les excès, ce qui conduira à admettre leur inapplicabilité au régime juridique de la franchise (I). En outre, il est d'une importance cardinale de réaffirmer l'impérieux besoin pour le franchiseé d'un consentement donné de manière tout à fait éclairé et l'aspiration légitime à donner à ces conventions particulières leur pleine efficacité, soit « l'effet utile » du contrat de franchise (II).

### I – Les limites et les excès d'une construction juridique, philosophique et sociologique : le solidarisme contractuel

Le corpus théorique, que constitue le solidarisme contractuel, vise essentiellement à refonder le droit des contrats sur des bases plus accueillantes pour la justice entre les parties (A). Ces thèses, en dépit des nuances apportées par leurs auteurs, restent marquées par certains présupposés et affectées par de profondes insuffisances, de sorte qu'elles doivent être accueillies avec réserve et prudence (B).

#### A - Le manifeste solidariste

Les thèses solidaristes se nourrissent de références multidisciplinaires : philosophiques (Aristote via Saint Thomas d'Aquin (10)), sociologiques (E. Durkheim et M. Mauss) et juridiques (L. Bourgeois, R. Démogé) (11). Elles ont pour posture de se démarquer très nettement des thèses classiques, dites volontaristes. C'est essentiellement le « dogme » de l'autonomie de la volonté qui est dénoncé avec force, pour les conséquences injustes qu'il imposerait à de nombreux cocontractants placés en situation de « faiblesse », lors des négociations. Cette critique véhémentement et vigoureuse a pour corollaire la remise en cause de la force obligatoire des contrats. Le principe énoncé à l'article 1134, alinéa premier du Code civil, devrait être aménagé à la lumière de la bonne foi et faire place à d'autres principes tels l'équité, la loyauté et la proportionnalité. En effet, dans ces théories, le contrat doit redevenir le siège, ou à tout le moins, l'instrument privilégié d'une justice perdue entre les cocontractants.

#### 1 – Le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté : un mauvais procès

Selon les solidaristes, « la volonté individuelle ne peut plus être une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre » (12). Il ne s'agit pas « [...] d'en finir avec la liberté contractuelle en déniaut tout rôle à la volonté individuelle : il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures » (13). Il faut donc abandonner « [...] l'image d'Épinal du contrat, fruit de la volonté des parties » (14). Voici le renversement total de perspective proposé.

En réalité, ce renversement nous semble bien peu ... renversant. Dans la doctrine contemporaine, le principe de l'autonomie de la volonté érigé en « dogme » ne peut plus guère être soutenu de façon sérieuse, du fait des encadrements législatifs et jurisprudentiels dont les contrats ont fait l'objet dès l'origine.

Les rédacteurs du Code civil ont en effet imposé un cadre bien défini à l'expression de la liberté contractuelle des parties. Cet encadrement est constitué de dispositions structurelles qui intéressent l'ordre public *lato sensu*, et de dispositions comportementales relatives au principe de nullité des conventions qui sanctionnent les vices du consentement. Ces thèmes sont trop connus pour nous livrer ici à une énième ratiocination. Retenons-en simplement, concernant l'ordre public, la définition sélectionnée par Monsieur le Professeur Ghestin « qui exprime sans doute [la] réalité contemporaine de la façon la plus satisfaisante : une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » (15).

1) C'est là même un élément prépondérant de ce type de contrat : voir par exemple les développements consacrés sur ce point par J.-M. Leloup, *Droit et pratique de la franchise*, Delmas, 1983, 1<sup>ère</sup> éd., B3.

2) Cour d'appel de Paris du 20 avril 1978, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1980, n°5, note J.-M. Leloup.

3) Le courant doctrinal du solidarisme contractuel trouve ses héros en la personne des professeurs Ch. Jamin et D. Mazeaud ; voir, pour l'illustration la plus typique : Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, *Études offertes à Jacques Ghestin*, p. 441.

4) Philippe Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? » *La nouvelle crise du contrat, acte du colloque du 14 mai 2001*, Dalloz, 2003, p. 250 et s.

5) Voir par exemple G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance*, Thèse Paris I, 1985, LGDJ, 1986 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 1993, n° 67 et s., Ch. Jamin, « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *PA*, n°29, 1996, p. 24 ; L. Boy, « Les « utilités » du contrat », *PA*, n°107, 1997 ; T. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.

6) Voir notamment en ce sens C. Thieberge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. Civ.*, n°2/1997, pp. 357-385.

7) Ph. Jestaz, « [...] Quel contrat pour demain », précité, p. 246 : l'auteur évoque ainsi « [...] des injustices un peu trop criantes – ou criardes ».

8) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, p. 603.

9) Voir en ce sens, notamment, J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, « La conciliation par le droit objectif de l'utile et du juste », préc. p. 200 et s. ; L. Boy, « Les « utilités » du contrat » préc.

10) Aristote et St Thomas d'Aquin sont régulièrement convoqués pour éclairer la généalogie du principe de « justice commutative », que les thèses solidaristes aspirent à voir appliqué au sein du monde contractuel. Voir pour une synthèse de ces éléments L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre » in « *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle* », *Études offertes à Ghestin préc.*, p. 183 et s.

11) Voir ainsi Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in « *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle* », *Études offertes à Ghestin préc.*, p. 441.

12) Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 447.

13) Ibid. p. 448.

14) D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *PA*, n° 54, 6 mai 1998, p. 8.

15) J. Ghestin, *Traité de droit civil ; La formation du contrat*, LGDJ, 1993, 3<sup>ème</sup> édition, p. 86.

16) Voir, pour une classification des divers aspects de l'ordre public ; A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 160.

17) Articles 1111 et s. du Code civil.

18) Article 1116 du Code civil.

19) Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? » in Ch. Jamin, D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001 organisé par le centre René-Démogüe de l'Université de Lille II, D., 2003, p.252.

20) O. Gast, *Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise*, Editions Jupiter, 1989.

21) Voir en particulier les clauses de fixation du prix et de prix conseillés, les conditions de résiliation du contrat et les clauses de non-concurrence ou d'approvisionnement exclusif. Voir, pour plus de détails ; O. Gast, O. Renaud, « Le règlement européen d'exemption des accords de franchise », *Ed. Gast, 2002* et O. Gast, O. Renaud, « Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur », *Petites affiches*, 23 août 2001.

22) Comme le concède d'ailleurs volontiers Ch. Jamin, dans « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in Ch. Jamin, D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 8.

23) J. Ghestin, *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, préc., p. 32.

24) J-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 102.

25) Cass. Civ., 8 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876.I.193, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, D., n° 94.

26) A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 292 et s..

27) Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain », précité, p. 252 : sous l'influence des canonistes, va peu à peu gagner du terrain l'idée morale qu'il faut respecter la parole donnée, « [...] idée qu'ils finiront par imposer comme une évidence à toute la culture juridique européenne et qui, par delà le droit civil, connaîtra une étonnante fortune auprès des fondateurs du droit international ».

28) Voir notamment Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1994, n°8 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, 1994, n° 265 et s. ; C. Thieberge-Gelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., n° 12.

29) J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, préc., n° 317.

30) N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *PA*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 23 : « En dépit de lectures doctrinales constituant autant de wishfull thinking, la position jurisprudentielle demeure parfaitement inchangée et donc orientée dans le sens du refus » de « la fameuse théorie dite de l'imprévision ».

31) H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, n° 13 : « La convention est obligatoire [...] dans la mesure [...] où une norme d'un degré supérieur autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur ». En l'occurrence, cette norme supérieure est la loi civile.

32) H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », préc., n° 40.

De là, à partir notamment des articles 6, 1128 et 1133 du Code civil, des limitations relatives à des exigences sociétales supérieures, qu'elles soient politiques, morales ou socio-économiques, ont été immédiatement apportées à la souveraineté des parties pour apprécier et former les conventions appelées à les lier (16). De la même manière, un contractant ne saurait extorquer par la violence (17) ou le dol (18) le consentement de l'autre partie. Au vu de ces éléments, il est douteux que le législateur ait entendu seulement procéder à un contrôle marginal et exceptionnel de l'exercice de la liberté octroyée aux cocontractants pour former leurs conventions particulières. Bien au contraire ; « [...] les travaux préparatoires du Code civil attestent qu'aux yeux de Portalis et de ses collègues, le fait que les conventions soient légalement formées pèse d'un grand poids » (19). Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les contrats de distribution, et notamment de franchise, sont régis par les droits communautaire (20) et français de la concurrence. Ceux-ci apportent de considérables limites au contenu de ces contrats en encadrant très strictement ou en interdisant certaines clauses (21).

Il convient enfin de remarquer que le « dogme » de l'autonomie de la volonté n'est qu'une dénomination forgée à des fins critiques (22). Celui-ci vise à dénoncer et « combattre une conception jugée excessivement individualiste » (23). Cette conception purement volontariste du contrat « a connu un règne dont la brièveté n'a d'égal que la pauvreté de sa substance philosophique » (24).

## 2 – La critique de la force obligatoire des contrats

La remise en cause des théories volontaristes précède, chez les solidaristes, l'attaque en coupe réglée du principe de la force obligatoire des contrats. Celui-ci a été et reste encore considéré aujourd'hui comme le fondement légitime et légal du refus par les juridictions de la révision pour imprévision. Dans une vision jusqu'au-boutiste, cette conception étroite de la force obligatoire a mené au tristement célèbre arrêt « Canal de Craponne » (25).

D'aucuns, cependant, voient aujourd'hui dans ce principe une « coquille vide », tant il supporte exceptions et palliatifs (26). Mais surtout, la force obligatoire ne saurait être véritablement fondée sur l'adage « *Pacta sunt servanda* » qui implique le respect de la parole donnée (27). En effet, et comme l'ont redécouvert plusieurs auteurs, la signification véritable de cet adage et sa portée sont loin d'impliquer l'absolue immuabilité du contrat (28). Et si la théorie de l'imprévision doit être accueillie dans notre droit positif, c'est parce qu'elle reste conforme à la réalité ontologique et historique du principe « *Pacta sunt servanda* », repris à l'article 1134, premier alinéa du code civil, ce principe demeurant toujours associé à son tempérament « *Rebus sic stantibus* ». Cette théorie ne devrait cependant être admise, le cas échéant, que de manière exceptionnelle, et partant, faire seulement l'objet d'une interprétation stricte (29). Et, quoiqu'on en pense, la Cour de Cassation a toujours refusé d'admettre cette conception large de l'article 1134, alinéa 1, pour lui préférer une vision stricte (30).

Sur quoi, dès lors, faire reposer la force obligatoire des conventions ? Il nous semble important d'aborder celle-ci dans un optique kelsenienne (31). Le contrat peut être ainsi perçu comme une délégation de l'autorité légale du législateur accordée aux particuliers, la maxime « *Pacta sunt servanda* » se trouvant consacrée dans le même temps. Kelsen a lui-même démythifié la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des contrats, en montrant que le principe de l'effet obligatoire était une question de « *politique juridique* » (32).

## 3 – Plaidoyer pour le rétablissement de la justice contractuelle et l'avènement du solidarisme

Si la doctrine solidariste s'oppose si fermement au culte mythique de l'autonomie de la volonté, c'est que la liberté contractuelle débridée est porteuse d'excès et d'injustices. Le contrat, selon les solidaristes, ne serait plus l'instrument de justice qu'il est appelé à être par nature.

Les parties placées en situation de domination économique auraient une propension naturelle et irrésistible à abuser de leur position de force, sans égard pour leurs cocontractants. D'où l'impérieux besoin de définir et de légitimer de nouveaux devoirs pour les contractants : loyauté, bonne foi, équité, et, pourquoi, pas solidarisme, abnégation et fraternité ?

C'est à l'avènement d'un « monde contractuel meilleur » et au règne de la justice commutative que tendent les travaux solidaristes, à mille lieues des situations d'exploitation à l'œuvre dans de nombreuses conventions, au premier titre desquelles les « *contrats de dépendance* » (33) (34).

Le solidarisme entend ainsi faire advenir une nouvelle conception du contrat fondée sur la rénovation de l'interprétation de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* », afin d'en faire « [...] le siège d'un véritable devoir de coopération entre les contractants » (35). Ces derniers, en effet, et pour reprendre les termes de R. Démogüe, « [...] forment une espèce de microcosme, [...] une petite société ou chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun » (36). « *Autrement dit, poursuit l'auteur, le contrat est à l'image de la société dans son entier : il doit être gouverné de la même façon par un principe de solidarité* » (37).

Il est vrai que la jurisprudence peut les conforter dans cette voie, en s'employant à imposer aux contractants un comportement loyal et honnête pour que « *la sphère contractuelle ne soit pas une jungle où jouerait la loi du plus fort juridiquement, mais devienne un lieu « civilisé », c'est-à-dire régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants* » (38). « *Outre ce civisme contractuel qu'impose le droit positif [...], quelques dispositions légales et décisions jurisprudentielles adoptent une conception plus dynamique et exigeante de la bonne foi. Au nom d'un altruisme contractuel, respectueux des intérêts particuliers mais sensible à l'intérêt collectif des contractants et aux difficultés qui peuvent frapper chacun se développe une « éthique contractuelle » fondée sur la fraternité et la solidarité. Le contrat est alors envisagé comme le creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération et d'abnégation* » (39).

De là, le contrat doit être non seulement « sociable », marqué par une interprétation négative, correctrice de la notion de bonne foi qui exige une attitude des contractants exempte de toute intention malveillante, mais également « solidaire », marquée cette fois par une vision positive et dynamique de la même notion de bonne foi qui recouvre un contenu éminemment plastique (40). Cette dernière impose des devoirs de coopération et d'abnégation plus ou moins intenses, selon la situation dans laquelle se trouvent les partenaires (41).

## B - Excès et insuffisances

Les thèses solidaristes constituent un édifice doctrinal marqué par des excès, dont l'invocation d'un devoir de collaboration fraternelle, et par des insuffisances liées au refus de caractériser spécifiquement les conventions de franchisage. Cette position conduit à importer de manière inopportune et dangereuse des concepts élaborés dans d'autres sphères juridiques, à s'échouer sur l'écueil de l'utopie contractuelle, et à promouvoir une théorisation trop abstraite, détachée des critères réels du franchisage, et abusivement généralisatrice.

## 1 – L'importation de principes venus d'horizons juridiques autres que le droit des contrats

Au premier chef, en vue de rétablir la justice contractuelle, il a été tenté de faire application de la théorie du mandat d'intérêt commun au contrat de distribution, et notamment de franchise, en élaborant la notion de « *contrat d'intérêt commun* » (42). Une majeure partie de la doctrine est en effet encline à classer les conventions de franchisage dans la catégorie des contrats de dépendance (43). D'aucuns y voient même le type achevé de cette catégorie de contrat, dont la définition est une convention « *régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive, qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans une dépendance économique et sous sa domination* » (44). Avec l'adoption de la loi « Doubin » du 31 décembre 1989, les tenants de cette théorie ont cru déceler la consécration législative qu'ils appelaient de leurs vœux (45).

33) L'expression « un monde contractuel meilleur », employée de manière ironique, appartient à F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, 1999, n° 40.

34) Voir sur la notion de « justice commutative » L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre », in « *Le contrat au début du XXIème siècle* », *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Ghestin préc.*, p. 182 et s.

35) Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 451.

36) R. Démogüe, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, t. 6, 1932, n° 3.

37) Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 451.

38) A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> édition, 1997, p. 300.

39) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, p. 609.

40) L'expression est de A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> édition, p. 204, n° 285.

41) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité... », préc., p. 610 et p. 617. Voir également C. Thieberge-Gelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., n° 31.

42) Voir, pour plus de détail J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, précité, p. 290 et s. et F-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, Paris, 2001, p. 78 et s. Voir notamment pour une illustration de théorie Ch. Jamin préc. : « *Le concept d'abus de droit [...] renvoie [plus] à une philosophie de la solidarité, qui implique de chacune des parties qu'elle travaille à la réalisation du but commun que celles-ci se sont assignées en contractant* ».

43) Ce, surtout après la thèse remarquable de G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986 ; T. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD. com.*, janvier-mars 1997, p. 37 et s. ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation des contrats*, précité, n° 67 et s.

44) G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, précité, n° 2 et 226.

45) Désormais article L.330-3 du Code de commerce.

46) La notion de « clientèle commune » est née de l'application par la Cour de Cassation de la théorie du mandat d'intérêt commun aux agents commerciaux, dans le but de protéger ces derniers en décidant que l'intérêt commun résidait dans la création d'une clientèle commune. Voir pour plus de détails F-X Licari, *La protection du distributeur intégré...*, préc., p. 79 et les références citées note 306.

47) Voir par exemple, Ch. Jamin, « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *PA*, n° 29, 6 mars 1996, p. 33 : l'auteur reste dans l'attente que la Cour de Cassation se prononce sur la propriété de la clientèle, tout en espérant que la Haute juridiction l'attribue au franchiseur, pour faire application de cette « vieille lune » que demeure l'extension du « régime applicable à la résiliation du mandat d'intérêt commun à certains contrats de distribution ».

48) Cass. Civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, I, p. 350.

49) G. Virassamy, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *JCP édition E.*, 1990, II, n° 15809, n° 38.

50) J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, préc., n° 255 et s., spl. n° 262 ; M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, n° 365. Voir notamment Cass. Com., 2 juillet 1996, Bull. civ. III n° 356 et Cass. Com., 7 octobre 1997, n° 95-14.158, *RTD civ.*, 1998, p. 132, obs. J. Mestre ; *Contrats Concurrency Consommation*, 1998, n° 20, note L. Leveigneur ; *D.* 1998, jur., p. 413, note Ch. Jamin.

51) Cass. Com., 21 octobre 1970, n° 69-14.122, *JCP-G*, 1971, II, n° 16632.

52) Certaines Cours d'Appel s'u étaient déjà employées par le passé : CA Aix-en-Provence, 31 octobre 1963, *JCP-G*, 1964, II, n° 13647, note J. Hémar ; CA Lyon, 29 janvier 1964, *D.* 1965, jur. P. 185, note R. Plaisant ; CA Amiens, 13 décembre 1973, *D.* 1975, jur., p. 462, note Rolland.

53) Cass. civ., 3<sup>ème</sup> chambre, 27 mars 2002, n° 00-20.732.

54) Comp. avec G. Virassamy, « Les relations entre professionnels en droit français », in J. Ghestin, L. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, 1996, p. 480.

55) J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, précité, p. 99.

56) J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> édition, 2000, n° 114.

57) Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, 1999, n° 40-1.

Certains auteurs ont cherché à faire application de la théorie du mandat d'intérêt commun à partir des notions de contrat de dépendance et de « clientèle commune » (46) (47). Cette dernière, qui demeure une création jurisprudentielle, pose pour principe que la qualification de « mandat d'intérêt commun » ne être retenue seulement lorsqu'il y a « intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle » (48). Elle tempère ainsi, depuis plus d'un siècle, le régime de droit commun du mandat établi par l'article 2004 du Code civil, aux termes duquel le mandat est révocable *ad nutum*. Transposée aux contrats de distribution, la notion d'intérêt commun vise également à imposer au fournisseur de motiver sa décision de rompre, en établissant le bien-fondé de la rupture de ses relations conventionnelles avec le distributeur (49).

Ceci étant, la Cour de Cassation a toujours repoussé, avec la plus grande fermeté, l'application de cette théorie aux contrats de distribution intégrée, c'est-à-dire concession ou franchise (50). Il n'existe pas, à proprement parler, d'intérêt commun entre franchiseur et franchisé dans les contrats de franchise, même s'il existe une coopération continue entre les parties, sous la forme de l'obligation contractuelle d'assistance permanente et si un intérêt supérieur du réseau peut être décelé. L'argument dirimant de la Cour de cassation résulte de la propriété de la clientèle, qui est non pas celle du fournisseur, concédant ou franchiseur, mais bien celle du distributeur, franchisé ou concessionnaire, lequel jouit de la propriété du fonds de commerce, au titre de commerçant indépendant (51). La jurisprudence a, dès lors, refusé de manière logique l'octroi d'une indemnité de clientèle au distributeur, sauf à sanctionner une rupture abusive. La Cour de Cassation a d'ailleurs récemment porté un coup d'arrêt aux velléités de qualification des contrats de franchise en contrat d'intérêt commun en affirmant dans l'arrêt *Trévisan* que la clientèle locale appartenait au franchisé (52) (53).

Outre la notion d'intérêt commun, d'autres influences encore perceptibles dans les thèses solidaristes méritent d'être indiquées pour mention. Se trouve d'abord invoqué le droit de la consommation par application de la notion de clauses abusives ; le champ d'application *rationae personae* de ce dernier serait ainsi étendu aux professionnels dont les compétences techniques ne leur permettent pas d'appréhender en toute connaissance de cause les obligations contractuelles qu'il s'apprête à souscrire. Cette extension pourrait s'opérer par le biais de la notion de professionnels « profanes » ou « néophytes », cette dernière qualité résultant de la relation de subordination de fait qu'il entretient avec son cocontractant (54). Se trouve également invoqué le droit du travail auquel il peut être fait appel pour la requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail, même en l'absence d'un lien de subordination juridique, et ce, sur la base des dispositions de l'article L. 781-1, 2<sup>o</sup> du Code du travail. Cependant, le droit du travail trouvera application seulement pour mettre fin à un contrat qui n'a de franchise que le nom et qui dissimule un véritable contrat de travail.

## 2 – « L'écueil de l'utopie contractuelle » (55)

L'invocation, plus incantatoire qu'autre chose, de relations d'amitié, de fraternité, voire d'amour entre les contractants, conduit à une méprise regrettable sur la nature réelle des liens qui se nouent entre les parties. Ainsi, chacun des contractants serait tenu de prendre en compte, par-delà son intérêt propre, l'intérêt du contrat dans son ensemble, et partant, celui de l'autre partie. Or un contrat est toujours la cristallisation d'un rapport de force à un moment donné. Il s'agit bien d'une « coopération antagoniste » (56). Celle-ci, très éloignée d'une vision contractuelle angélique, reflète la réalité, de manière peut-être brutale mais exacte, des relations qu'entretiennent les contractants qui ne sont pas des frères, ne le seront jamais, et n'ont pas vocation à le devenir. Il faut ici rappeler avec force que « [...] contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires » (57). Et faire des affaires, n'est-ce pas enrichir toute la société par ricochet ?

Dans ces conditions, en appeler à la fraternité contractuelle, définie comme « [...] un souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain », dans le cadre de relations économiques, dépasse largement la collaboration nécessaire aux cocontractants lors de l'exécution de la convention les liant (58).

Le recours permanent à la notion de bonne foi s'avère en ce sens bien peu opérationnel pour évaluer l'équilibre d'un contrat, non à raison de son imprécision, mais parce « les questions d'équilibre économique ne peuvent se résoudre en termes d'appréciation morale » (59) (60). « A ce compte, [...] on viendrait à faire peser sur la partie forte une particulière obligation de bonne foi, tandis que son partenaire ne serait tenu, quant à lui, qu'à une bonne foi ordinaire : et à la limite, on finirait par rééquilibrer le contrat en autorisant la partie faible à être de mauvaise foi ! » (61). Ces remarques invitent donc à rejeter la conception de fraternité contractuelle, produit d'une exaltation abusive, tirée d'une vision trop extensive de la notion de bonne foi.

## 3 – Une théorisation trop abstraite et générale

« On ne peut qu'éprouver un malaise devant la proclamation prétorienne de devoirs tels ceux de bonne foi ou de loyauté. L'immensité de leur étendue donne le vertige à quiconque tente d'en déterminer les limites. Que signifie concrètement être de bonne foi et loyal ? » (62). Si, indubitablement, « les règles et principes généraux ne doivent pas être bannis du droit [...] il ne faut pas qu'ils deviennent, par une économie de réflexion, des dogmes ou des espèces de formules magiques dont l'hermétisme dissimule la vacuité » (63).

Car, en effet, que constate-t-on ? La « bonne foi » de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil est de plus en plus fréquemment visée par les tribunaux, dans une optique de rétablissement de la justice contractuelle, pour mettre à la charge du contractant prétendument situé en position de domination des devoirs allant bien au-delà de la lettre de la loi et des conventions : devoir de conseil, d'assistance, d'entraide, de collaboration, de coopération, de solidarité, d'abnégation, et d'autres encore (64). De ce foisonnement, qui marque la volonté de plus en plus nette du juge de moraliser le droit des contrats, il est assez malaisé de déterminer la base ferme de ces nouveaux devoirs et plus avant, « [...] délicat d'apprécier l'intensité de l'exigence de bonne foi » (65). Certains « s'émeuvent », à juste titre, « à l'idée que l'on puisse ainsi confondre le Code civil et l'Évangile » (66).

Mais au-delà de l'émotion, c'est la pertinence même de cette conception qui est contestée. Les analyses solidaristes qui cherchent à déterminer de « nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution » (67) entendent transposer aux réseaux de franchise des solutions jurisprudentielles empruntées aux réseaux de concession. Or ces deux systèmes présentent des caractéristiques propres à les individualiser nettement. Ne pas distinguer ces deux configurations juridiques, qui ne se recoupent que partiellement, amène à opérer une généralisation abusive des thèses concernant la concession.

Pourtant, la franchise, (trop ?) longtemps perçue comme une variante de la concession exclusive, a progressivement acquis sa propre physionomie, caractérisée par le transfert d'un savoir-faire finalisé et opérationnel et la fourniture d'une assistance du franchiseur au franchisé. Ces deux points sont absents des contrats de concession. Or, cette différence ne semble pas avoir encore été parfaitement intégrée par la doctrine, à en juger par les arrêts présentés comme emblématiques d'une réception favorable par les tribunaux des théories solidaristes ; « le fameux arrêt Huard, qui fait office de mythe » depuis 1992 (68) (69), et l'arrêt *Chevassu-Marche* qui a condamné en 1998 plusieurs sociétés industrielles pour ne pas avoir permis à leur agent commercial de s'approvisionner en produits à des prix compétitifs (70). L'un concerne donc la concession, l'autre, un agent commercial dont la Cour a reconnu le statut de mandataire. On nous dit que les exemples d'une telle réception pourraient être multipliés (71). On en vient effectivement à le souhaiter, car de points relatifs au contrat de franchise, on n'en voit guère...

Olivier Gast,  
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

58) C. Thieberge-Gelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., n° 32.

59) Comme le souligne Ph. Laurent in « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *PA*, n° 48, 8 mars 2000, p. 7, la bonne foi demeure une notion « difficile à cerner. Elle fait partie de ces notions cadres aux contours juridiques imprécis dont le contenu reste flou et mal défini ».

60) Ph. Jestaz, « Quel contrat pour demain », *La nouvelle crise du contrat*, précité, p. 256.

61) Ph. Jestaz, « Quel contrat pour demain », préc., p. 256, évoque à ce propos « une sorte de discrimination positive ».

62) J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants... », préc., p. 128 ; N. Molfessis fait le même constat in « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *PA*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 21.

63) J.-P. Chazal, précité, p. 132.

64) Ph. Laurent, « La bonne foi et l'abus de droit de résilier unilatéralement les contrats de concession » préc. p. 6. J.-P. Chazal préc., p. 100 fait le même constat : « [...] la jurisprudence n'a cessé d'enrichir le contenu des contrats. La doctrine s'échine à dénombrer ces « nouveaux » devoirs contractuels d'origine judiciaire. Outre l'obligation de sécurité, il est possible de citer l'obligation d'information, de conseil, d'adaptation, de reclassement, le devoir de loyauté, de bonne foi, de coopération, de renégociation, etc. ».

65) D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *PA*, n° 54, 6 mai 1998, p. 12.

66) Ibid. p. 13.

67) Une telle motivation ressort du titre même de l'article de Ch. Jamin, *PA*, n° 29, 6 mars 1996, p. 24.

68) Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. civ., IV, n° 340 ; *JCP-G*, 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. J. Mestre.

69) N. Molfessis, préc. p. 21.

70) Cass. Com., 24 novembre 1998, Bull. civ., IV, n° 277 ; *JCP-G*, II, 12210, note Y. Picod ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, n° 10, obs. J. Mestre.

71) Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat », in *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 23.