



Par Olivier Gast,  
Avocat

## LA FRANCHISE À LA CROISÉE DES CHEMINS (2<sup>ÈME</sup> PARTIE)\*

### II – L'inapplicabilité des thèses solidaristes au contrat de franchise : la justice contractuelle au travers de « l'effet utile »

Il convient certainement de ne pas s'égarer dans une conception maximaliste du principe de l'autonomie de la volonté, et de son corollaire, la liberté contractuelle absolue. Est-ce à dire pour autant qu'il faille renoncer à la liberté des parties de fixer, par et pour elles-mêmes, les règles qu'elles entendent suivre dans le respect de la loi, et de se réjouir de l'audience grandissante des thèses solidaristes devant les prétoires et dans la doctrine ? Nous ne le pensons pas, spécialement à l'endroit des contrats franchise, terrain d'élection des auteurs solidaristes.

Il importe par conséquent de rappeler fermement les fondements juridiques et surtout les modalités de fonctionnement des réseaux de franchise, auxquels organisation hiérarchisée et inégalitaire ainsi que primauté économique du franchiseur demeurent des caractéristiques inhérentes. Loin d'être illégitimes et arbitraires, ces caractéristiques sont bien au contraire parfaitement finalisées et fonctionnelles (A), s'appuyant sur la cause même de la franchise pour donner au contrat de franchise toute sa plénitude, garante de l'équilibre des parties (B).

#### A - Primauté économique et différenciation fonctionnelle : la franchise est un mode d'organisation

Le franchisage n'est pas simplement et exclusivement un mode de distribution de produits et/ou de prestation de services, mais, comme l'a relevé avec justesse la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Pronuptia* (72), constitue avant tout un mode d'exploitation financier d'un ensemble de connaissances, dans le cadre d'une organisation spécifique, élaborée et contrôlée par le franchiseur plaçant inévitablement ce dernier dans une position prépondérante au sein des contrats. Cette prééminence trouve sa traduction matérielle dans l'organisation même du réseau, marquée par la nécessaire verticalité des relations franchiseur/franchisés. Cette verticalité ne saurait remettre en cause l'indépendance du franchisé en tant que commerçant mais intègre celui-ci à une structure dans laquelle les fonctions des uns et des autres sont fortement différenciées afin que chacun soit en mesure d'exécuter les obligations qui lui incombent conventionnellement.

#### 1 – La nécessaire primauté économique du franchiseur

L'exigence d'indépendance des franchisés, réalité contrôlée par les tribunaux, ne doit pas cacher que, dans le même temps, ce type de contrat a pour effet d'instaurer la prééminence du franchiseur pendant la durée de l'exécution dudit contrat. Mais la consécration prétorienne de l'indépendance juridique du franchisé, qui conserve sa qualité de commerçant et d'entreprise, conduit à rejeter le terme de « domination » que certains lui reconnaissent, au profit du terme plus neutre, mais bien réel, de « primauté ».

Il ne s'agit pas là d'une simple bataille de mots. A la fois contrat de réitération et produit financier, la convention de franchisage permet au franchiseur d'amplifier dans l'espace un succès commercial par le biais d'une structure dont la gestion est en partie décentralisée. Par-là même, le franchiseur valorise sa marque et se trouve en mesure de fédérer et de fidéliser une clientèle autour du réseau. Le franchisé, commerçant indépendant, bénéficie de l'image de marque du franchiseur, de son savoir-faire (73) et de son assistance technique, lesquels lui procurent un avantage concurrentiel et stratégique, vecteur d'économies d'échelle (74).

\* La première partie de cette étude a été publiée dans le Journal des Sociétés numéro 17 page 48.

72) CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia*, aff. 161/84, Rec. 1986, p. 353 ; la CJCE s'est manifestement inspirée de la loi américaine sur l'information pré-contractuelle qui définit le système du franchisage comme un « produit financier » (Full Disclosure Law de 1978). Voir en ce sens O. Gast, « La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise », préc. p. 29.

73) Le savoir-faire peut être défini selon J-M. Leloup in *La franchise, droit et pratique*, Delmas, 2000, n° 349 comme un « Ensemble finalisé de connaissances pratiques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public, non brevetées et conférant à celui qui maîtrise cet ensemble un avantage concurrentiel ».

74) Voir en ce sens Cass. Com., 13 juillet 1966, JCP 1967, 15131 ; cet arrêt précise que le savoir-faire est constitué d'un « ensemble de procédés ingénieux, d'importance mineure et non brevetables [qui] sont de nature à conférer un caractère plus compétitif à l'entreprise qui en est détentrice ».

Pour que le succès se répète, on comprend que le franchiseur doive obliger le franchisé à appliquer le plus fidèlement possible un concept élaboré et fréquemment actualisé par le franchiseur. Mais, avant de transmettre ce concept économique, commercial et marketing, le franchiseur doit lui-même s'assurer que celui-ci est bien en mesure de procurer l'avantage concurrentiel nécessaire à l'efficacité du contrat et au succès des membres du réseau. Ainsi, le concept faisant l'objet de la convention de franchisage, encore dénommé « l'idée commerciale » (75), doit avoir été expérimenté et standardisé au sein d'unités pilotes pour que soit assurée sa réitération (76).

Une fois le concept dûment élaboré et uniformisé, le franchiseur doit encore s'assurer que celui-ci est correctement mis en oeuvre. En effet, « [L]e franchisé ne peut tirer pleinement profit de la franchise que s'il l'applique parfaitement. Son intérêt est donc que la conformité de la réitération [du concept] soit vérifiée par le franchiseur. Le caractère très strict de cette vérification ne porte pas atteinte à l'indépendance du franchisé » (77). C'est à partir de cette prérogative de contrôle de l'exactitude de la réitération du concept transmis qu'il convient de rechercher à notre sens le fondement premier mais surtout la justification de la primauté du franchiseur sur les franchisés membres du réseau. Le franchiseur ne peut en effet se permettre l'approximation et risquer la dilution du concept élaboré par une application hasardeuse du système de méthodes techniques et commerciales opérationnelles ayant contribué au succès des unités pilotes.

#### 2 – La manifestation de la primauté économique : une structure verticale de pouvoir au sein du réseau

La prééminence économique du franchiseur produit une conséquence directe sur l'organisation du réseau. C'est le franchiseur qui, détenteur des éléments constitutifs essentiels aux conventions formées (savoir-faire, marque, assistance permanente), crée une structure au sein de laquelle les franchisés sont regroupés sous son égide. Il incombe en effet au franchiseur non pas seulement de constituer le réseau, mais encore et surtout, d'animer, de piloter et de faire évoluer celui-ci. Ainsi, du fait des caractéristiques juridiques inhérentes à ce type de convention, le franchiseur est amené à jouer au sein du réseau plusieurs rôles complémentaires, *quoi que distincts*. Nous avons eu l'occasion de théoriser ces différentes fonctions du franchiseur qui doivent être réunies pour élaborer un « savoir-faire organisationnel » : marketing-concept, développeur de réseau, animateur de réseau, logisticien et gestionnaire-leader (78).

C'est la combinaison de ces éléments constitutifs du savoir-faire organisationnel qui justifie la prééminence du franchiseur au sein du réseau, dont il prend nécessairement la tête, et par-là, légitime l'organisation verticale qui reste seule à même d'assurer la mise en oeuvre efficiente de ce savoir-faire. En effet, c'est là l'évidence, la seule transmission des connaissances techniques reste insuffisante pour assurer le succès d'une franchise. Bien au contraire, c'est l'élaboration, l'actualisation et le transfert de ce savoir-faire organisationnel, couplé au savoir-faire conceptuel originel, qui fonde véritablement la verticalité des relations entre franchiseur et franchisés.

#### 3 – Des partenaires juridiquement indépendants et fonctionnellement interdépendants : la différenciation fonctionnelle

Un contrat de franchisage a pour effet de donner lieu à la constitution d'un réseau de distributeurs agréés et partiellement intégrés (79). Mais, à la différence du succursalisme par exemple, « le franchiseur traite avec des entreprises qui, comme lui, à un niveau plus modeste que lui certes, mais pour un poids relatif peut-être plus lourd, ont engagé leur capital, risquent de le perdre, mais courent légitimement l'aventure de la libre entreprise » (80). L'indépendance juridique des franchisés s'exprime de plusieurs façons pendant la durée de l'exécution du contrat.

D'abord, le franchisé maîtrise les éléments constitutifs de son entreprise. A ce titre, c'est lui seul qui dispose de la capacité de conclure les contrats nécessaires à l'exploitation de son unité ; bail, assurances, achat de matériel, recrutement de personnel. En outre, concernant la propriété de la clientèle dans les réseaux de franchise, on sait que la

75) Voir en ce sens O. Gast, « De la protection de l'idée commerciale dans un réseau de franchise », *PA*, juin 1993 et « La reconnaissance jurisprudentielle de l'idée commerciale et sa protection », *PA*, octobre 1993.

76) O. Gast, « La règle des Trois-Deux », *Franchise Magazine*, 15 juillet 1982.

77) J-M. Leloup préc. n° 1212.

78) O. Gast « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du « savoir-faire » au « savoir-réussir » », *PA*, n° 132, 3 novembre 1995, p. 206.

79) Ph. Le Tourneau, in « Franchisage », *Juris-Classeur commercial*, Fascicule 1045, août 1998, n°5, indique ainsi : « L'expression d'intégration [...] est plus imagée que réelle. D'une part, sauf dans quelques types de réseaux, l'intégration n'est pas complète de la production à la distribution. D'autre part, l'intégration au sein de l'unité est rarement absolue : les distributeurs du réseau conservent toujours une certaine autonomie. En revanche, il est convenable de parler de distribution distinctive, marquant par là que chaque réseau est agrégé sous une enseigne unique ». Nous préférons considérer pour notre part le franchisage d'abord comme un mode d'organisation, en suivant la définition donnée aux contrats de franchisage par la CJCE dans son arrêt *Pronuptia* précité, sans en nier l'aspect de distribution.

80) Leloup J-M. préc., n° 1201, p. 219.

Cour de Cassation a récemment mis fin à une vive controverse avec l'arrêt *Trévisan* du 27 mars 2002 (81). En effet, au terme de divers tâtonnements jurisprudentiels, il a été jugé que « [...] si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé [...], que **cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé** puisque, même si celui-ci n'est pas propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité [...] [qu'] il met en œuvre à ses risques et périls ».

Ensuite, le franchisé reste seul responsable de la gestion quotidienne de son unité. Ainsi, dans ses relations avec la clientèle, le franchisé n'engage que lui, et ne saurait engager la responsabilité du franchiseur lorsqu'il manque aux obligations incombant aux professionnels de son secteur d'activité. Dans cette optique, la Cour d'Appel de Bordeaux a rappelé avec pertinence que le franchiseur « n'est nullement tenu par le contrat, ni même par la pratique, de rappeler au franchisé le détail de ses obligations légales d'ordre public qu'il se devait de connaître avant même d'ouvrir son magasin ; l'esprit et l'essence de ce type de contrat est l'autonomie du franchisé et nullement l'obligation de lui fournir un tuteur permanent et polyvalent » (82).

Enfin, franchiseur et franchisé demeurent financièrement indépendants, ce qui implique que le franchiseur ne saurait être tenu des dettes de son franchisé, et réciproquement (83).

*C'est justement cette indépendance des contractants parties à une convention de franchisage qui motive notre conception de la « différenciation fonctionnelle ».* Du fait de leur position, de leurs fonctions, des risques pris par chacun à son niveau, du fait des investissements réalisés par chacun, du fait également de leurs droits et devoirs contractuels respectifs dans la conception, la mise en œuvre et le contrôle des éléments caractéristiques de la franchise, le franchiseur et le franchisé ne peuvent qu'entretenir des relations de complémentarité nettement distinctes et hiérarchisées. Chacun doit s'assurer qu'il remplit le plus efficacement possible, à son niveau, son rôle et sa fonction au sein du réseau.

### B - Donner tout son « effet utile » au contrat de franchise

Le devoir de bonne foi, de loyauté ou de fraternité contractuelle, dont les solidaristes se sont fait les promoteurs, ne nous apparaît pas un principe pertinent pour évaluer l'équilibre et la justice devant présider à la formation et à l'exécution des conventions de franchise. Ce type de contrat ne peut en effet être réellement perçu dans un paradigme éristique, lequel voit la prédominance des rapports de domination et de conflit - perspective dans laquelle se situent les solidaristes - même s'il s'agit pour ces derniers de les dépasser par la solidarité et la fraternité contractuelles. Il convient au contraire de situer ceux-ci dans une vision **fonctionnaliste**, vision cherchant, par delà les différences de position et de pouvoir des parties, à intégrer ces relations contractuelles spécifiques dans une perspective d'efficacité. Il nous semble en effet que l'exigence de justice contractuelle dans les conventions de franchisage n'est jamais mieux remplie que lorsque le contrat déploie, de manière maximale, l'ensemble des potentialités et des effets auquel, de par leurs engagements réciproques, mais dissemblables dans leur nature et dans leur intensité, les parties s'attendent et pour lequel celles-ci se sont engagées. Il s'agit donc de donner à ce type de convention tout son « effet utile ».

Dans cette optique, ce que l'on peut concevoir dans une conception exagérément agonistique comme relevant d'une relation de domination doit être considéré dans le cadre de la franchise comme l'encadrement de l'autonomie du franchisé. Mais cet encadrement nécessaire doit être connu du franchisé, dans tous ses aspects, avant même que de souscrire aux obligations prévues par la convention en cause. C'est pourquoi le franchiseur doit veiller à éclairer, en coopération avec le franchisé, le consentement de celui-ci. De là découle l'obligation spéciale d'information pré-contractuelle mise à la

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

82) CA Bordeaux, 1<sup>er</sup> juin 1988, PA, 12 juin 1988, n° 70, p. 15.

83) Cass.com., 3 Juillet 1990, n°87-20.028.

charge du franchiseur. Enfin, un guide sûr permet de délimiter précisément l'étendue et les modalités de l'exécution du contrat de franchise : sa cause. Cette dernière permet en effet de déterminer le véritable équilibre entre les prestations des parties, sur une base combinant éléments objectifs et appréciations subjectives, lesquels peuvent être facilement soumis au contrôle des tribunaux, bien plus que ne le saurait la notion de « bonne foi ».

### 1 - L'encadrement de l'autonomie des franchisés

Il paraît évident que la nature même du contrat de franchise place le franchisé dans une situation de dépendance technique par rapport au franchiseur, dépendance qui peut se décliner sous l'angle économique, du fait de la nécessaire primauté organisationnelle du franchiseur. De la même manière, les contrôles opérés par le franchiseur sur la réitération du savoir-faire vont a priori à l'encontre des prérogatives reconnues à un commerçant indépendant. Or, la jurisprudence consacre l'indépendance du commerçant franchisé qui invite à introduire le concept de l'encadrement de l'autonomie du franchisé. Couplée à la notion de différenciation fonctionnelle au sein des réseaux de franchise précédemment introduite, il conduit à récuser plus fermement encore les termes de domination, de dépendance ou de subordination.

L'autonomie des franchisés est encadrée, mais pas aliénée à une quelconque hégémonie du franchiseur. En effet, les limitations apportées par le franchiseur dans la gestion quotidienne des unités franchisées ont été justifiées et consacrées par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Phildar* (84) ; elles doivent s'avérer indispensables à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau de franchise (85). La stricte appréciation de ce critère de la protection de l'image de marque du réseau nous conforte dans l'hypothèse que l'autonomie du franchisé, bien que contrainte, reste un élément essentiel caractérisant les conventions de franchisage. La jurisprudence sanctionne ainsi toute atteinte à l'autonomie encadrée du franchisé, lorsque ces atteintes ne se voient pas justifiées par la nécessité d'assurer le fonctionnement optimal du réseau. Deux cas de figure se présentent alors.

D'une part, il peut arriver que le contrat de franchisage serve à dissimuler un contrat de travail de la part d'un employeur indelicat, cherchant à éviter de supporter les contraintes imposées par le droit du travail et le poids des charges sociales. Il s'agit ici d'une franche dénaturation du contrat de franchise. Il en résulte un « contentieux de qualification » (86). Il incombe aux tribunaux de procéder à une appréciation globale de la relation contractuelle (87).

Deuxième cas de figure de la limitation trop forte de l'autonomie du franchisé ; l'immixtion du franchiseur dans la direction de la société franchisée. Plus discrète, l'immixtion consiste à intervenir dans la gestion quotidienne, au-delà des obligations incombant au franchiseur dans le cadre du contrôle de la réitération fidèle du concept transmis. Ainsi, dans un arrêt du 23 mai 1978, la Cour d'Appel de Rouen a relevé que « [...] si dans un tel contrat le fournisseur peut se réserver le droit de vérifier chez le distributeur la bonne exécution des obligations mises à la charge de ce dernier, il ne possède toutefois qu'un droit de contrôle et ne peut s'immiscer dans la gestion de la société concessionnaire ni exercer en son sein des pouvoirs de direction ; que s'il outrepassé ce droit de contrôle, en imposant ses directives, il devient dirigeant de fait de ladite société » (88). La Cour de Cassation, quant à elle, tout en reconnaissant les « obligations résultant du contrat à la charge du franchiseur », approuve les juges d'appel dans l'appréciation selon laquelle l'immixtion opérée en l'espèce dépassait ces obligations (89). Ces observations conduisent ainsi à valider notre concept d'encadrement de l'autonomie des franchisés, qui est la conséquence directe de la différenciation fonctionnelle opérée dans les réseaux.

### 2 - L'exigence de l'information préalable des franchisés

C'est par reconnaissance de la prééminence du franchiseur, et pour atténuer les abus éventuels nés de celle-ci, que le législateur a mis à la charge de celui-ci une obligation spéciale d'information pré-contractuelle. Il ne l'a pas fait pour restaurer un quelconque

84) Cass. Com., 10 janvier 1995 ; O. Gast, « Les clauses d'approvisionnement exclusif sous haute surveillance », PA, 5 mai 1995 et « L'affaire Phildar ou le nouveau régime juridique des clauses d'approvisionnement exclusif », D. aff. 1996, n°6, p.172.

85) Cass. Com., 10 janvier 1995, précité ; la Haute Juridiction fait cependant une application stricte de ce critère d'identité en cherchant à « imposer [...] une recherche systématique de l'intérêt du réseau ». O. Gast, « Les clauses d'approvisionnement exclusif... » préc..

86) J-M. Leloup préc. n° 1236.

87) Cass. com., 17 avril 1991, n° 88-40.121.

88) Note G. Notte, JCP édition G, 1979, II, 19235.

89) Cass., 9 novembre 1993, Reig c/ Plantagenet et BRMC, JCP-E, 1994, 612, note G. Virassamy.

90) Voir, pour une analyse détaillée de celle-ci, O. Gast, « Le guide pratique de la Loi Doubin », *PA*, n° 51, 29 avril 1991, p. 8 et s..

91) J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc. n° 619.

92) Voir pour un bref historique, M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, préc. n° 68.

93) Cass. Com., 10 février 1998, Société ED le Maraîcher et autres, Bull. civ., 1998, IV, n° 252, p. 220.

94) Voir ainsi M. Behar-Touchais, G. Virassamy préc. n° 70 et suivants ; O. Ticquant, « Rétablir l'autorité de la loi ... Doubin », *Dalloz*, 2002, Jurisprudence, somm. Com., n° 33, p. 2597 ; S. Regnault, « La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin », *PA*, n° 8, 10 janvier 2003, p. 13.

95) Cass. com., 9 octobre 1990, n° 89-13.384.

96) M. Behar-Touchais, G. Virassamy préc. n° 182 précisant que « Si on laisse de côté ces nullités pour absence de cause, il est permis de penser qu'il n'est pas opportun de sanctionner par la nullité les simples déséquilibres du contrat de distribution intégrée, eux-mêmes non condamnés par le droit de la concurrence. En effet, il faut tenir compte du fait que si le contrat de distribution est un **contrat de dépendance**, il comporte par essence des **clauses déséquilibrées**. Cela fait partie du **mécanisme d'intégration**. Puisque les déséquilibres les plus nocifs sont éliminés par le droit de la concurrence, aller plus loin, c'est-à-dire procéder à un véritable contrôle des clauses abusives dans le contrat de distribution, reviendrait à méconnaître l'essence même dudit contrat et sans doute à l'empêcher d'atteindre l'objectif d'intégration poursuivi. C'est en cela que l'on peut dire qu'un contrôle généralisé des clauses abusives dans le contrat de distribution serait lui-même disproportionné. Supprimer tout déséquilibre lors de la formation serait porter atteinte à l'essence d'un contrat de distribution en réseau, dont l'objectif d'intégration suppose le déséquilibre ». Si nous sommes d'accord avec l'idée exprimée, nous déplorons pourtant la persistance des termes de « déséquilibre ».

équilibre entre les deux cocontractants lors de l'exécution du contrat, ce qui n'a pas de sens au vu de la différenciation fonctionnelle qui s'opère nécessairement entre eux, mais pour s'assurer que le franchisé prend, en toute connaissance de cause et librement, la décision qui est la meilleure pour lui : contracter ou non, dans ce réseau ou chez un concurrent. Il faut souligner qu'à notre sens, la loi Doubin (90), puisque c'est d'elle dont il s'agit, aujourd'hui inscrite dans le Code de commerce à l'article L. 330-3, n'a aucune vocation « égalitariste » au regard de la personne des contractants.

Il s'agit simplement, mais là réside l'essentiel, d'éclairer le consentement du candidat et de permettre au contrat visé de déployer toute l'intensité de ses effets. De la sorte, cette obligation pré-contractuelle d'information apparaît comme un mécanisme de prévention préalable de tout vice du consentement plus efficace que ne le permettraient les solutions issues de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de dol ou de réticence dolosive (91).

Ainsi, après des hésitations palpables quant au caractère automatique ou non de la nullité pour méconnaissance de l'obligation d'information pré-contractuelle (92), la Cour de Cassation s'est prononcée en défaveur de la nullité automatique. Celle-ci exige en effet que soit recherché si le défaut d'information pré-contractuelle a eu pour effet de vicier le consentement du créancier de l'information (93). Elle censure ainsi les arrêts qui décident que l'omission de la transmission de l'information suffit à rendre admissible l'action en nullité, ce, sans rechercher l'existence d'une altération du consentement. Les appréciations de cette position jurisprudentielles restent partagées (94). Pour notre part, il nous semble que cette jurisprudence renvoie parfaitement à la réalité de l'obligation imposée par la loi Doubin, l'examen exigé par la Cour de Cassation visant à s'assurer que le candidat été mis en mesure de prendre son engagement conventionnel en parfaite connaissance de cause.

### 3 – Plaidoyer pour l'efficacité du contrat : pour une vision adossée à la cause

La jurisprudence annule pour **absence de cause** les contrats de franchise lorsque le franchiseur ne peut faire la preuve qu'il détient un savoir-faire substantiel. La Cour de Cassation a ainsi pu juger que devait être annulée une convention de franchisage sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, pour défaut de cause, en l'absence des éléments essentiels caractérisant cette convention (licence d'enseigne, savoir-faire reconnu, secret et réitérable, assistance permanente) (95).

Il faut en déduire qu'au sein des conventions de franchise, tout déséquilibre n'est pas à rechercher et à éliminer, tant ces « **déséquilibres** » constituent souvent **l'expression et la conséquence de la cause du contrat lui-même**, et sont nécessaires à l'intégration des franchisés au sein du réseau. Et en fait de déséquilibre, terme que nous récusons pour caractériser la formation et l'exécution du contrat de franchise, nous l'avons vu, nous nous proposons d'y substituer notre concept de « **différenciation fonctionnelle** », celui-ci rendant parfaitement compte des relations complexes, continues et finalisées que les parties entretiennent. Certains auteurs soulignent avec justesse que l'annulation pour absence de **cause** a pour vocation « **de sanctionner l'absence d'utilité du contrat, plus que la simple disproportion ou le déséquilibre** » (96).

Dans les contrats synallagmatiques commutatifs, auxquels appartiennent les conventions de franchise, la cause de chaque obligation réside dans la contre-prestation de l'autre partie (versant objectif de la cause que nous nommerons cause catégorielle), ainsi que dans les avantages et profits attendus de ces prestations réciproques pour l'ensemble des obligations (versant subjectif de la cause que nous appellerons cause finale). Si bien que la cause existe dès lors qu'il existe une contrepartie réelle, quand bien même cette contrepartie ne serait pas égale en valeur, dans la limite où celle-ci n'est pas dérisoire ou seulement symbolique, et ce, afin que la cause finale soit atteinte. Il en ressort que les éléments de la cause catégorielle se révèlent des instruments, des moyens participant de la cause finale.

On décèle bien quelle est la cause catégorielle d'un contrat de franchise : le franchiseur fournit une licence d'enseigne et/ou de marque, transmet un savoir-faire et veille à son application la plus efficace. Le franchisé verse en contrepartie des droits d'entrée, des royalties et accepte d'être conseillé, dans la gestion quotidienne de son unité, par le franchiseur, ainsi que de bénéficier de l'assistance permanente de ce dernier. Pour le franchiseur, la cause finale réside quant à elle dans l'accroissement de la taille du réseau et subséquemment de la notoriété de l'enseigne. Pour le franchisé, elle consiste à profiter du support stratégique et logistique d'un réseau commercial structuré, dans la perspective d'un retour sur investissements supérieur à celui qu'il obtiendrait à titre de commerçant individuel.

Dans ces conditions, lorsqu'il manque l'un de ces éléments fondamentaux, il est naturel de considérer qu'une convention est réellement déséquilibrée, de manière structurelle. Le contrat perd dès lors son effet utile. En effet, en l'absence de ces éléments participant de la cause catégorielle du contrat de franchise, il n'est pas certain que les objectifs qui présidaient à la conclusion du contrat puissent être atteints. Dès lors, les « déséquilibres » qui ne sont que l'expression de la différenciation fonctionnelle et la « domination » du franchiseur qui n'est autre que l'encadrement de l'autonomie du franchisé, ne doivent pas être combattus en eux-mêmes, à moins de ruiner la convention de franchise tout entière. Ils doivent au contraire être appréhendés et reconnus comme utiles à l'exécution la plus efficace du contrat de franchise.

Cette optique n'exclut pas par ailleurs que le juge sanctionne les abus de comportement des franchiseurs, lorsque le contrôle se mue en une immixtion et que les contrats n'ont de franchise que le nom parce que les prestations des franchiseurs sont inexistantes ou viles, et par-là même inaptes à donner une cause à la convention. Cette vision n'exclut pas non plus que le juge puisse sanctionner, au vu du principe de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, certains comportements manifestement déloyaux du franchiseur et considérer comme abusif un non-renouvellement de contrat dans certaines circonstances particulières. Cette appréciation à effectuer au cas par cas ne saurait pour autant participer à un principe général d'évaluation de l'équilibre du contrat.

Ainsi, au critère subjectif de « *bonne foi* » et de « *loyauté* » mis en œuvre par le juge dans le cadre contentieux, nous proposons que celui-ci substitue un critère objectif, fondé sur la cause. En ce sens, serait réellement déséquilibrée et inefficace, privé d'effet utile, toute convention où les éléments objectifs (cause catégorielle) et subjectifs (mobile déterminant, cause finale) ne seraient ni apportés, ni mis en œuvre ni pleinement actualisés. Cette solution présente le mérite de faire porter l'examen du juge sur des éléments vérifiables et relativement stables, qui sont les mêmes pour la catégorie du contrat de franchise. C'est dire que l'examen du juge guidé par la cause du contrat de franchise permet de concilier l'impérieux besoin de sécurité juridique, en évitant l'arbitraire des solutions prétorienne fondées sur l'exigence de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, tout en permettant de corriger les véritables dysfonctionnements qui affectent les contrats de franchise. La prévalence de cette conception dans l'évaluation de l'économie générale des contrats de franchise permettrait en outre de satisfaire le souci de justice contractuelle, dite encore justice commutative et souhaitée par les solidaristes. Car, en donnant à chacun son dû, répartition que permet la cause des contrats de franchise, on retrouve l'expression du « *to dikaiôn* » aristotélicien, garant de l'équilibre contractuel (97).

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