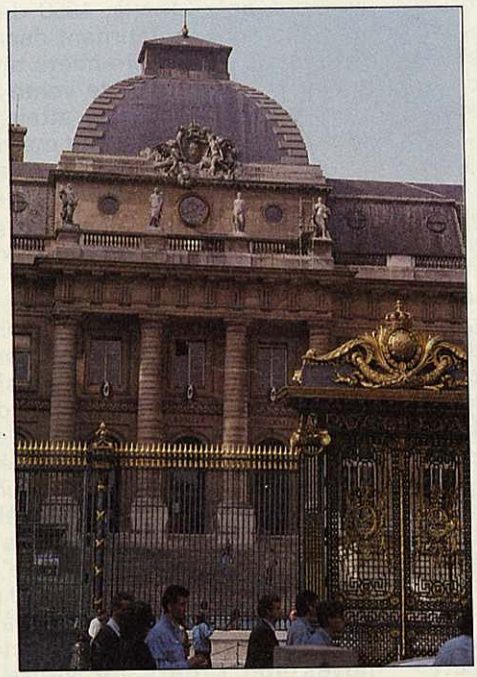
L'ARRÊT « LA CROISSANTERIE »

(2ème Partie)

De plus en plus, l'avenir de la franchise en France et dans le monde s'envisage comme un « produit financier » (concept développé pour la première fois par Me O.GAST lors du séminaire « L'ingénierie de la franchise » du 10 mars 1988, organisé à PARIS par l'Institut de Promotion de la Franchise-C.C.I.COLMAR). Le franchisé investissant un capital propre, espère à terme avoir un retour sur capital et une plus value. Il aurait pu jouer en bourse, mais il préfère une certaine sécurité relative, que procure le travail dans son entreprise, pour contrôler au mieux l'espoir de retour sur capital. Dans ce but, ce dont le franchisé est demandeur, c'est de la sécurité que procure la reproduction à l'identique de méthodes éprouvées, et qui a pour corollaire leur dépendance économique.

Si la dépendance économique est donc de l'essence même du contrat de franchise, les obligations mises à la charge du franchisé et qui caractérisent cette dépendance trouvent leur contrepartie dans la transmission du savoir-faire et autres obligations mises à la charge du franchiseur.



B -Les obligations du franchiseur :contrepartie de la dépendance économique

Selon Monsieur JAMIN, la franchise institue « une curieuse situation dans laquelle, contrairement aux relations de travail, les franchisés ne sont pas rémunérés mais doivent verser droit d'entrée et redevance pour travailler ! (GP des 12 et 13 juillet 1989, page 10). Cette vision de la franchise que n'aurait pas reniée ZOLA méconnaît totalement la technique de la franchise, et *voudrait l'orienter dans un sens très personnel et tendancieux*. Le franchisé ne paie pas pour avoir droit au travail, mais pour bénéficier dès la signature du contrat du savoir-faire du franchiseur, du prestige d'une marque et de la clientèle attachée à cette marque, ainsi que de l'assistance continue du franchiseur pendant toute la durée d'exécution du contrat. Ces obligations mises à la charge du franchiseur constituent la contrepartie, tant de la rémunération due, que des obligations maintenant le franchisé dans un état de dépendance économique. Si ce dernier a l'obligation de reproduire strictement les méthodes élaborées par le franchiseur, et plus généralement de respecter toutes les clauses qui le maintiennent dans un standard bien établi, la contrepartie en est l'obligation du franchiseur de lui transmettre toutes les méthodes devant lui assurer un succès potentiel si le franchisé gère et applique avec rigueur les procédés transmis.

Dans la franchise, c'est le franchiseur qui est souvent victime du pillage de savoir-faire et de parasitisme économique. La seule façon pour lui de maîtriser son système est d'imposer contractuellement, par delà la discipline,un certain rapport proche des relations « Suzerain-Vassal ». Chaque partie est indépendante mais l'une prédomine et l'autre l'accepte par intérêt bien compris (théorie critiquée par Monsieur THREARD in « En toute franchise et sans concession »,Ed. Les presses du Management, 1989,p.123).

(a) LA PHILISOPHIE DE LA FRANCHISE

Le franchiseur ne fait pas partie du « grand capital » et n'est pas quelqu'un qui bénéficie d'un quelconque monopole. Le franchiseur, entrepreneur moderne (néo-capitaliste),est quelqu'un qui crée avec sa matière grise de la richesse et qui trouve des solutions de marché par sa compétence et ses qualités humaines. Parce qu'il trouve des solutions dans un monde où il est facile de ne voir que des problèmes, il attire à lui des franchisés demandeurs d'une certaine réussite. Bien souvent, les franchiseurs réinventent l'approche de marchés vieillissant (ex: Alain AFFLELOU, MIDAS,...)

Il est nécessaire de garder à l'esprit que le franchisé est demandeur de cette discipline, et qu'il trouve un intérêt dans la sécurité que procure la réitération de méthodes qui ont fait leurs preuves dans de nombreux centres pilotes. Le monde de la distribution et du commerce de détail allant vers une extrême complexité, la tendance universelle actuelle sera d'aller vers encore plus d'intégration, car l'évolution des tendances de consommation s'accélère comme s'accélère le sens de l'histoire. « Time is money » : le franchisé l'a compris, et préfère une certaine perte partielle de son autonomie au profit d'une rentabilité issue précisément de la notion de « vitesse » que concrétise un réseau de franchise.

Ainsi, à titre d'exemple, grâce à l'informatique, on s'oriente de plus en plus vers la gestion informatisée des stocks, mais cette intégration est demandée par le consommateur, et donc par le franchisé : la jurisprudence devra gérer harmonieusement ce paradoxe qui s'intensifie.

Dans un monde de liberté, d'autres commerçants (ou artisans, prestataires de services...) animés d'un plus grand esprit d'indépendance, refusant d'être franchisés, peuvent toujours s'orienter vers d'autres formules de distribution ou de prestation de services (telles les chaînes volontaires, le groupement, le partenariat...), permettant une plus grande liberté d'action commerciale, alors que l'indépendance du franchisé sera de plus en plus comprise au sens financier du terme. C'est dans ce contexte que s'inscrit la loi sur la franchise (pré-citée), car personne n'est obligé de devenir franchisé, mais pour ceux qui veulent choisir cette voie, il est nécessaire qu'il y ait une phase d'information pré-contractuelle qui permette au franchisé de s'engager en toute connaissance de cause.

Aussi est-il faux de parler d'une « aspiration égalitaire permise grâce à la notion de dépendance économique »(cf le commentaire précité de l'arrêt de la Cour d'appel de PARIS du 10 mars 1989). La notion même de dépendance, inhérente au contrat de franchise, conduit à écarter cette notion d'égalité dans les rapports contractuels, entre franchiseur et franchisés.

(b)-JUSTICE, DROIT ET EGALITE

L'égalité moderne n'est plus absolue, mais doit être géométrique et proportionnelle : chacun doit avoir son dû en fonction de son mérite, et les franchiseurs, comme toute élite, ont pour vocation de trouver des solutions vers le haut (la recherche de l'exellence), c'est-à-dire de rendre les pauvres moins pauvres. S'il est vrai que, comme le relève Monsieur THREARD citant LAMENNAIS dans son ouvrage « En toute franchise et sans concession » (précité, p. 155) : « Entre le faible et le fort c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère », c'est parce que le fort risque d'abuser de la liberté du faible. Mais une liberté saine et harmonieuse doit au contraire aider le faible à être moins faible. De plus, de nombreux exemples démontrent qu'il y a plus d'exploitation par le franchisé de son propre personnel, que d'exploitation par le franchiseur des franchisés (!). Aussi, toute argumentation visant à stigmatiser le comportement de franchiseurs qui aident les franchisés à créer leur propre entreprise et à la gérer au mieux de leurs interêts respectifs, et qui nie tout mérite des franchiseurs, doit être combattue au nom de la défense sacrée des P.M.E. françaises dans l'Europe de 1992.

Le franchisé est demandeur de la transmission des moyens élaborés par le franchiseur, qui a dépensé du temps, de l'argent, et pris de gros risques pour mettre au point son concept. Nul ne conteste que le lancement d'une franchise coûte extrêmement cher (dépenses de recherche, études de marché, mise au point du « package », règle des trois-deux - 3 magasins pilotes de 2 ans, dépenses relatives à l'ingénierie juridique de la franchise, etc...)

Le franchisé lui, apporte les investissements nécessaires à la création du magasin franchisé. « Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvues de l'expérience nécessaire, l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe » (arrêt PRONUPTIA CJCE du 28 Janvier 1986, attendu 15).

Cette situation est très différente par exemple du cas d'un contrat de distribution sélective (ou de concession commerciale), où le distributeur ne reçoit du concédant que le droit exclusif de distribuer ses produits. Aussi inégalitaire par définition soit-il, ce contrat doit plutôt s'analyser comme signifiant un intérêt mutuel (et non un interêt commun) des partenaires à la création et au maintien de leurs relations, traduit dans l'équilibre complémentaire que doit garantir le contrat par leurs obligations réciproques. La franchise est « un partenariat dans le profit ».

(c) OBLIGATIONS DU FRANCHISEUR

Les principales obligations du franchiseur consistent en la transmission au franchisé des signes distinctifs du réseau (marque, logo, enseigne...), la communication de savoir-faire et la fourniture continue d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord (cf le Règlement d'exemption nº 4087/88 du 30 Novembre 1988 de la commission des C.E.).

1-Transmission des signes distinctifs du reseau

Sur le premier point, si les franchisés invoquaient devant la Cour, sur la défense de la marque, des faits de concurrence déloyale ou d'usage abusif de la marque dans le secteur où s'exerçait leur activité, ainsi que des négligences commises par la Croissanterie à leur préjudice, les franchisés n'apportaient pas la preuve de tels agissements, le moyen était donc écarté.

2 - Transmission du savoir-faire

En revanche, l'arrêt relève le défaut de transmission d'un savoir-faire spécifique, élément essentiel du contrat de franchise basé sur un transfert de ce savoir-faire . Selon le Règlement d'exemption nº 4087/88 relatif à des catégories d'accords de franchise, le savoir-faire consiste en un « ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ». Un arrêt de la Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE du 29 Avril 1980 reprend également l'exigence d'un savoir-faire qui doit être « substantiel».

Le contrat de franchise suppose que le franchiseur mette à la disposition du franchisé des méthodes et des services présentant une certaine spécificité. Dans cet esprit, il faut cependant critiquer tous les jugements qui abordent le concept de savoir-faire avec la notion d'originalité. Je profite de cette occasion pour rappeler que le savoir-faire ne peut et ne doit s'apprécier que financièrement. En effet, je suis inquiet de l'approche intellectuelle concentrée en Europe sur l'appréciation du savoir-faire, dans le Règlement d'exemption par catégories d'accords de licence de savoir-faire de la Commission des Communautés Européennes, à la rédaction trop littéraire et « romantique », mais également dans la jurisprudence française (Tribunal de commerce de LYON du 10 Octobre 1988, SOCRIPA c/ LA TABLE LYONNAISE), qui exige l'existence d'un savoir-faire « hors du commun ». Il est nécessaire de recentrer le savoir-faire sur sa dimension financière, car sinon tout un chacun (juge, avocat ou législateur) pourrait détourner la véritable fonction du savoir-faire. (On n'invente rien en matière de commerce. Le savoir-faire d'un franchiseur permet simplement à son réseau d'avoir un temps d'avance sur ses concurrents. C'est ce temps d'avance qui crée le profit du franchisé et du franchiseur).

De même, le Code de déontologie de la Fédération française de la franchise devrait être modifié quant à ce sujet dans l'avenir. En effet, et les Américains depuis longtemps l'ont compris, le savoir-faire ne peut s'apprécier que financièrement (notion de « partner for profit »), et je propose à ce sujet une règle d'appréciation du savoir-faire : « la règle des 70/30 ».

Maître Olivier Gast

Il y a savoir-faire dans un réseau quand 70 % des franchisés sont satisfaits (et/ou gagnent de l'argent). Le franchiseur est un entrepreneur, et si son entreprise n'est pas rentable, il déposera son bilan. Les entrepreneurs sont mûrs aujourd'hui pour accepter la rigueur de cette règle. Elle apportera une grande clarté et donc une grande sécurité dans les rapports franchiseur/franchisés.

Si une autre appréciation devenait constante en France et en Europe, contrairement aux ETATS-UNIS, ce serait « la bouteille à l'encre ». Il est établi aujourd'hui que le savoir-faire et son évolution par expert constituera une part importante du droit moderne des vingt prochaines années (la rubrique n'existe pas encore auprès de la Cour de cassation et de la Cour d'appel, aussi est-il urgent d'en créer une).

Nonobstant ces quelques remarques sur la spécificité du savoir-faire, le contrat de franchise pouvant être rapproché d'un « contrat clef en main » par lequel, dans l'absolu, le franchisé n'a qu'à exercer son métier de commerçant,le produit original, la clientèle et le savoir-faire étant apportés par le franchiseur, il est nécessaire de se montrer exigeant quant aux caractères que doit

présenter le savoir-faire. Or en l'espèce, si son existence n'était pas contestée (et consistant en une méthode de congélation et de décongélation de produits panifiés), le savoir-faire n'était en rien substantiel : le franchiseur n'ayant transmis la « bible d'exploitation » et les documents techniques indispensables à la bonne exploitation du savoir-faire qu'un an après la conclusion du contrat, l'arrêt relève le caractère empirique de la formation technique des franchisés, insuffisante pour assurer la mise en place et l'animation d'un véritable réseau de franchisés apte à développer et à mettre en valeur les techniques transmises par le franchiseur.

Aussi, dès maintenant les franchiseurs devront être attentifs à remettre leur manuel opératoire (ou « bible d'exploitation ») lors de la signature du contrat, cette bible devenant, aux termes de l'arrêt, un document juridique, qui, s'il n'est pas remis au plus tard lors de l'ouverture de la boutique, peut entraîner l'annulation du contrat.

De même, le savoir-faire devant être identifiable, les franchisés reprochaient le défaut d'innovation et d'initiation à une technique originale, qui se doit d'évoluer pour toujours procurer un avantage concurrentiel à ses utilisateurs.Le franchiseur doit garantir au franchisé la jouissance d'un savoir-faire qu'il entretient, développe et fait évoluer, en collaboration avec ses franchisés par le moyen de relations suivies entre les parties et d'une concertation efficace. Et en l'espèce, l'arrêt relève une désaffection progressive de « La Croissanterie » pour son réseau de franchise, au profit d'une exploitation directe de ses divers points de vente. Mais il est faux d'en conclure que « l'arrêt exige du franchiseur une certaine obligation de réussite »(cf le commentaire précité). Il ne sanctionne que le non respect d'une obligation de moyens à la charge du franchiseur, qui se doit de tout mettre en œuvre pour assurer le succès et le développement de son réseau. Quel franchiseur accepterait, en se sachant débiteur d'une obligation de réussite, de créer un réseau dont le succès ne repose pas sur lui seul, mais également sur la valeur et les capacités de ses partenaires? S'il faut approuver l'arrêt de la Cour en ce qu'il exige une transmission sans faille d'un savoir-faire mettant en oeuvre un réel avantage concurrentiel, rien dans l'arrêt n'implique la reconnaissance d'une quelconque obligation de réussite ni de résultat à la charge du franchiseur, sauf à se livrer à une interprétation fallacieuse et orientée des termes de l'arrêt.

3 - Assistance continue commerciale et/ou technique

Parallèlement au défaut de transmission d'un savoir-faire spécifique, les franchisés invoquaient le défaut d'assistance du franchiseur, autre élément essentiel du contrat de franchise, sous la forme de concertation, coopération, formation et publicité. Se livrant à un examen des faits, la Cour, contrairement aux allégations des demandeurs, n'en déduit pas un défaut d'assistance, mais au contraire que, si « La Croissanterie » avait bien mis en place et organisé un système d'échange d'informations et d'interventions techniques, elle avait « instauré un contrôle étroit de la gestion et de l'exploitation commerciale des franchisés, dans des conditions de nature à compromettre leur indépendance à cet égard ». Cette solution est discutable à un double point de vue. Il est tout d'abord surprenant que devant se prononcer sur un défaut d'assistance, la Cour en conclue à une assistance excessive des franchisés. D'autre part, le caractère excessif de cette assistance ne nous semble nullement démontré. En effet, toutes les modalités de l'assistance (visites des responsables du franchiseur des magasins exploités par les franchisés avec compte-rendu contenant le relevé des anomalies de gestion avec proposition de solutions adéquates, journées de formation, réalisation de campagnes publicitaires...) ayant conduit la Cour à cette solution font normalement partie des formes d'assistance technique ou commerciale que doit fournir un franchiseur à ses franchisés.

De plus, le fait même que partant d'un défaut d'assistance, la Cour ait conclu à une assistance excessive,) entraîne une relative insécurité juridique pour les parties à un contrat de franchise. Comment en effet déterminer avec précision, sans risque de requalification ou de résolution du contrat, le degré d'assistance offert au franchisé?

S'il convient d'être exigeant envers le franchiseur pour que le système de la franchise conserve son intérêt pour tous les partenaires, et si dans cette optique l'arrêt de la Cour doit être approuvé en ce qu'il sanctionne la défaillance du franchiseur dans la transmission de son savoir-faire, les mêmes raisons nous font regretter la sévérité de la Cour dans son appréciation du contrôle du franchiseur sur l'activité de ses franchisés, alors qu'à notre sens, le franchiseur ne s'était à cet égard que parfaitement acquitté de ses obligations contractuelles.

Enfin, pour qu'il y ait transmission de savoir-faire, il est souvent nécessaire qu'il y ait une assistance qui peut presque relever effectivement de l'ingérence. Car sans assistance, il ne peut y avoir transmission réelle de savoir-faire, qui nécessite une communication mais également un suivi. Plus encore, l'assistance se justifie par le sacro-saint principe de la standardisation. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas cherché s'il y avait abus dans l'assistance au sens de l'arrêt de la Cour d'appel de ROUEN du 23 mai 1978 (J.C.P.1979, Ed. Gén. II 1935, note G.NOTTE), qui concerne l'exécution de contrat de franchise et les risques très graves que font peser sur le franchiseur une mainmise et un contrôle trop important dans la vie quotidienne des affaires de son franchisé.

Mais en l'absence d'un abus d'assistance, la Cour d'appel aurait dû accepter les conséquences du paradoxe découlant de l'indépendance juridique du franchisé et de son obligation de respecter le principe de standardisation du réseau.

Olivier GAST
Avocat à la Cour d'Appel de PARIS
Cabinet GAST
(PARIS-BRUXELLES-MILAN)

NOTE - L'arrêt rapporté devrait retenir l'attention de tous ceux, universitaires et praticiens, qu'intéresse le développement du commerce intégré au sein des réseaux de franchise. Pour la première fois, la Cour de Paris prend en considération la réalité économique des rapports unissant le franchiseur à ses franchisés pour en apprécier la portée sur le plan juridique, justifiant ainsi le mot de H.Butterfield : « on manipule les mêmes faits qu'auparavant en les plaçant l'un par rapport à l'autre dans un système de relations qui est nouveau parce qu'on leur a donné un cadre différent » (In The origins of modern science, Londres, 1949, p. 7). En d'autres termes, les magistrats ne prennent plus seulement en considération la qualité de « commerçant indépendant » du franchisé mais analysent les différents aspects de la pratique contractuelle instaurée entre les parties pour démontrer qu'au-delà de l'affirmation juridique de cette indépendance, le franchisé se trouve dans une situation de dépendance économique à l'égard de son partenaire. Et c'est cette notion de dépendance économique qui sous-tend l'appréciation juridique des faits par la Cour (sur la nécessité d'une telle prise en compte, cf. Virassamy. Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. L.G.D.J., préf. J. Ghestin, 1986).

En l'espèce, un entrepreneur avait mis au point une technique de congélation et de décongélation de produits panifiés (croissants, brioches, feuilletés) qui devait permettre leur présentation à la clientèle dans des conditions constantes de qualité, à savoir « chauds ». Pour ce faire, il développait un réseau de franchise à travers la France, sous la marque « La Croissanterie » et concluait, entre autres, quatre contrats avec les sociétés Lybopar, Lybopar Victor-Hugo. L.S.P. et L.S.G. en octobre 1981. Rapidement, ces différents franchisés s'apercevaient que la réalité de leurs rapports avec leur franchiseur était loin de répondre à ce qu'ils pouvaient attendre de la notion même de franchise, qui postule transmission d'un savoir-faire et assistance technique permanente sans que celles-ci n'aboutissent à supprimer la liberté que leur conférait leur qualité, contractuellement reconnue, d'entrepreneurs indépendants. Aussi décidaient-ils, en avril 1983, de contester la validité des contrats de franchise qu'ils avaient conclus en suivant la procédure d'arbitrage prévue au contrat. Dans une sentence rendue le 29 janvier 1987, le tribunal arbitral les déboutait intégralement de leurs demandes et, constatant la résiliation des différentes conventions au 30 avril 1983, les condamnait au paiement de leurs redevances contractuelles.

C'est sur cette sentence arbitrale que les magistrats ont entendu revenir après avoir analysé avec précision la réalité des rapports ayant uni les parties pendant l'exécution des contrats.

1 - Or, cette réalité leur est parue en contradiction avec l'affirmation du caractère de « commerçant indépendant » attribuée par le franchiseur à ses partenaires dans les contrats d'adhésion qu'il leur avait imposés. Une telle contradiction devait les amener à reconnaître une véritable dénaturation des contrats du fait du franchiseur.

Quels sont les éléments factuels qui ont permis de la caractériser?

D'abord, le contrôle étroit qu'exerçait le franchiseur sur l'activité de ses cocontractants. Les nombreuses réunions de formation sur tous les aspects de la gestion des divers points de vente, les visites effectuées par les employés du franchiseur et les appréciations écrites

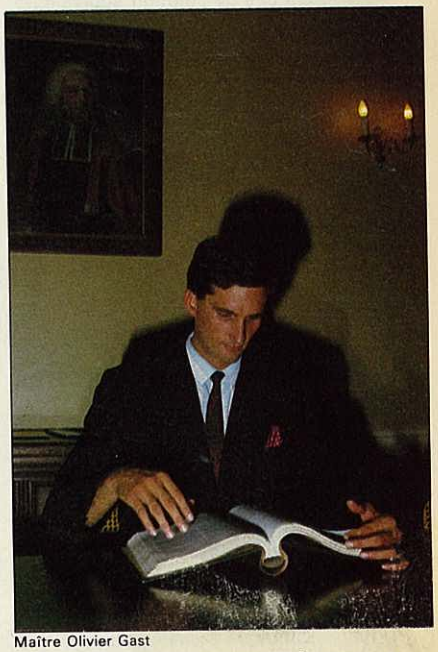
qui en découlaient, les recommandations dont certaines, pressantes, concernaient la détermination des fournisseurs, les campagnes publicitaires organisées par le franchiseur, les séminaires, s'ils démontraient l'effectivité d'une assistance technique, révélaient un contrôle de nature à compromettre l'indépendance des franchisés. En outre, cette indépendance était remise en cause par la politique de prix définie par le franchiseur pour l'ensemble de son réseau. Après avoir reconnu la licéité des prix conseillés (sur ce point,cf. Novella et Ferrier, Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence, éd. Lamy, 1987,n°107),la Cour relève qu'il n'en est ainsi que dans la mesure où le franchisé conserve une réelle autonomie dans la fixation du prix de revente » (comp. C.J.C.E., 17 octobre 1972, aff 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren c. commission, Rec. XVIII-6,p.977). Or diverses pièces versées aux débats montraient qu'il n'en était rien. D'abord, le franchiseur avait adressé à de nombreuses reprises à son réseau, des tarifs impératifs de prix. En outre, ce même franchiseur avait été condamné par un jugement du Tribunal correctionnel de Lyon du 28 janvier 1986, aux côtés du dirigeant de Lybopar, du chef de complicité du délit de pratiques de prix illicites « pour instructions données en imposant des prix de boissons dans le cadre d'un contrat de franchise » ! Dans une formule plus proche de celle de l'ancienne Commission de la concurrence (à titre d'exemples : avis du 17 mai 1977, « Secteur de la production et de la distribution de phonograms », Rec.Lamy, n° 121, avis du 15 mars 1979. « Marché de la pomme de terre ». Rec. Lamy, n°143), la Cour retenait qu'un tel comportement était constitutif d'une pratique anti concurrentielle d'entente illicite. Au-delà, elle relevait que celle-ci annihilait l'indépendance juridique du franchisé, la détermination du prix constituant un élément essentiel de la politique commerciale et financière d'un entrepreneur.

Existence de prix imposés sous couvert de prix conseillés et contrôle excessif (sur les différentes formes d'assujettissements des « entrepreneurs indépendants », cf. Virassamy précité n°s 216 et s), deux critères que retient la Cour pour caractériser l'état de dépendance.

Si le premier est relativement classique (tout au moins dans la détermination de l'entente), même s'il marque une plus grande rigueur par rapport à la jurisprudence communautaire (sur ce point, cf. Gavalda et Parleani, Droit communautaire des affaires, Litec, 1988, n° 557), le second peut apparaître plus surprenant. En effet, n'est-il pas de l'essence du contrat de franchise de favoriser l'assistance technique, commerciale, voire financière du franchisé par le franchiseur ? En considérant que cette assistance entraîne la reconnaissance d'un état de dépendance économique dénaturant le contrat tel que l'a rédigé le franchiseur, la Cour ne condamne-t-elle pas tous les réseaux qui comportent nécessairement ces clauses ? On peut d'abord répondre que tout est une question de mesure et que les magistrats doivent gérer, au cas par cas, l'ambiguité de la notion de franchise qui devrait idéalement permettre l'assistance dans le respect de l'indépendance. Après tout la justice peut emprunter la démarche casuiste des Romains. Cependant, l'idéal évoqué paraît difficile à atteindre et le risque existe de contrarier la quiétude des franchiseurs qui imposent à leur réseau assistance et conseils pressants. Au nom de cette nécessaire quiétude, qu'on nomme parfois sécurité juridique (en l'occurrence, unilatérale). On peut condamner cette jurisprudence novatrice et considérer qu'elle ne doit pas avoir de lendemain. On peut aussi l'approuver et retenir que le seul moyen de recouvrer cette sécurité serait d'adapter la rédaction des contrats de franchise à la réalité économique, c'est-à-dire d'abolir la notion de « commerçant indépendant » et d'en tirer les conséquences juridiques comme tente de le faire l'arrêt commenté. Nous rejoindrions ainsi les juristes nord-américains qui, depuis longtemps, ne cèdent plus au mirage des qualifications juridiques en matière de franchise. Ainsi, la notion de dépendance économique est-elle admise aux Etats-Unis, depuis un arrêt de la Cour suprême de 1944 rendu dans une affaire opposant l'empire Hearst à ses marchands de journaux, franchisés (National Labor relations Bord v. Hearst Publications Inc. (1944) 322 US 111). En l'espèce, la Cour suprême y confirmait une décision de la Commission des relations du travail qui qualifiait les détaillants en question de « salariés » aux motifs que Hearst les maintenait dans une situation de dépendance économique. Cette jurisprudence fit école et on en retrouve aujourd'hui les traces dans les réglementations américaines et canadiennes. A titre d'exemple, le Code canadien du travail définit l'entrepreneur dépendant comme « la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière et dans l'obligation d'accomplir les tâches pour elle » (chapitre L-2, définitions). Cette analyse n'est pas sans rappeler l'application jurisprudentielle de l'art. L 781-1 C. trav. issu de la loi du 21 mars 1941 à certaines catégories d'entrepreneurs assujettis (sur les critères d'application de cet article et les critiques qui ont été formulées à son encontre, cf. Virassamy, précité, n° 234 et s.).

Sans aller jusqu'à prendre en compte la notion de dépendance économique dans une perspective de droit du travail, dont la lourdeur des règles pourrait décourager le développement de la franchise, la prise en compte de cette notion pourrait être réalisée, à l'exemple des Etats-Unis, selon une formule plus originale. A titre d'exemple, la Commission fédérale du commerce a promulgué en 1978, une réglementation qui assimile la franchise à une valeur mobilière spéculative. A ce titre, le franchiseur qui s'apprête à signer un contrat de franchise a l'obligation de publier un « prospectus » qui doit comprendre, sous peine de sanction sévère, 20 types de renseignements précis qui vont de l'expérience du franchiseur à la chronologie de ses litiges ou de ses faillites en passant par ses accords financiers, les obligations d'achat ou les restrictions de vente qu'il impose aux franchisés (pour la liste complète, cf. J-M Purver. « Private franchise contrats ». 62 Am. Jur. 2d. 757-773, mise à jour, 62 Am. 2d. supp, spécialement p.214). L'instauration d'une obligation précontractuelle de renseignement précise en droit français s'inspirant de ces dispositions aurait pour mérite une prise en compte effective - nous devrions dire préventive - de la notion de dépendance économique -qui, sans l'exclure, aurait pour mérite de permettre au franchisé de s'engager en toute connaissance de cause - dont le ministre du Commerce a reconnu qu'elle pouvait aboutir à des abus (cf. « Franchise : Françis Doubin veut prévenir les dérapages » Les Echos, 29 mars 1989). Quelle que soit la formule technique retenue, l'adaptation du droit de la franchise ne ferait pas de nous de quelconques positivistes sociologiques, qui constamment cèdent à la prétendue réalité des faits économiques ou sociaux, mais permettrait de retrouver une forme d'équilibre dans les rapports contractuels qui lient franchisés et franchiseurs. En qualifiant son partenaire de « commerçant indépendant » alors qu'il veut lui imposer des rapports économiques différents, le franchiseur brise cet équilibre au détriment d'un franchisé qui n'a le droit que de signer ou de se taire et qui, bien souvent, signe dans le seul espoir de travailler.

Par sa décision, la Cour de Paris soumet la réalité économique à un idéal de justice en rétablissant cet équilibre contractuel qui doit exister entre les parties.



Maître Olivier Gast

Certains pourront soutenir que ce qu'elle tente aujourd'hui en matière de franchise l'a déjà été en matière de consommation et que le consumérisme doit être strictement borné à son domaine au risque de rendre irresponsables une grande partie des acteurs juridiques. En sont-ils sûrs ? Car il ne faut pas oublier ce qu'est, aujourd'hui, le secteur de la franchise. Il est un peu à la fin du XX[e] siècle ce qu'était le droit du travail à la fin du XIX[e] siècle : un droit sans guère de règles où celui qui dispose du pouvoir économique peut imposer ses propres normes, normes seulement limitées en termes de préservation d'une libre concurrence mais jamais au nom de l'égalité contractuelle (our s'en persuader, il suffit de lire le nouveau règlement d'exemption communautaire sur la franchise dont le seul but est

d'éviter la nullité de contrats constitutifs d'ententes prohibées, cf. Règlement C.E.E. nº 40/88 de la Commission du 30 novembre1988, concernant l'application de l'art. 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise). Or, les franchisés sont souvent des gens modestes, isolés, parfois des cadres d'entreprise victimes de la crise qui n'hésitent pas à investir leur épargne pour retrouver un emploi, la franchise instituant une curieuse situatuation dans laquelle, contrairement aux relations de travail, les franchisés ne sont pas rénumérés mais doivent verser droit d'entrée et redevance pour travailler ! Aussi a, la décision de la Cour de Paris qui, pour la première fois, prend en compte la réalité des rapports contractuels dans une perspective d'égalité doit être approuvée. elle ne contredit nullement par ses exigences un droit communautaire et interne de la concurrence qui porte un autre regard sur ce type de relations, bien que paradoxalement elle puisse trouver un soutien indirect dans l'art.8 de l'Ordonnance du 1e décembre 1986 qui dispose : «est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise :

2 - De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.

Maître Olivier Gast

Bien entendu, la mise en oeuvre de cet article est soumise à des conditions spécifiques dont deux des principales, qui en constituent autant d'obstacles, sont, d'une part, la nécessité d'une atteinte à la concurrence sur un marché et, d'autre part, une atteinte effective à la concurrence.

Cependant a notion de marché peut s'apprécier restrictivement (à titre d'exemples : C.Paris, 19 mai 1988, B.O.C.C.R.F. œ/ juin 1988, p. 155, Conseil de la concurrence, décision 89-D-05, Les petites affiches, 27 février 1989, p 5, Conseil de la concurrence, décision 87-MC-03,B.O.C.C.R.F. 2 avril 1987, p 91 analysée par Théard et Bourgeon « Dépendance économique et droit de la concurrence ». Cahiers de droit de l'entreprise. 1987/2, p 20 et s, spécialement nº 19. Pourquoi ne pourrait-on alors considérer qu'un réseau constitue, en soi, un marché ?). Quant à l'application de la notion de seuil de sensibilité, la question ne paraît pas devoir être tranchée bien qu'un arrêt remarqué de la Cour de Paris l'ait introduite en appel d'une décision du Conseil de la concurrence qui n'en faisait nullement mention (C. Paris, 5 mai 1988, Gaz.Pal. 7-8 septembre 1988, p 10, note J.P.. Marchi, sur appel d'une décision du Conseil de la concurrence nº 87-D-34, B.O.C.C.R.F. 29 septembre 1987, p 304, commentée par F. Perochon, « L'adieu aux cuves : A propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987 »Cahier du droit de l'entreprise 1987/6, p 4, contre l'application de cette notion en droit interne, cf. Novella et Ferrier, précité nº 87 et Selinsky et Mousseron, le droit français nouveau de la concurrence. Litec, 1987, nº134).

Quelle que soit la décision retenue sur cette notion importée du droit communautaire elle ne pourra faire l'économie de l'art. 16 de la communication concernant les accords d'importance mineure (in J.O.C.E. du 12 septembre 1986, 86/c231/02) qui dispose :
« La présente communication ne s'applique pas lorsque dans le marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par plusieurs fabricants ou négociants. »

En effet, si de nombreux accords de franchise sont incontestablement endeçà du seuil de sensibilité, nombreux sont aussi ceux qui interviennent sur des marchés staturés.

Tel était le cas pour « La Croissanterie » répertoriée dans le secteur de la restauration rapide.

Quoiqu'il en soit et sans vouloir analyser plus en détail les dispositions de l'art. 8 (et, plus particulièrement, le rachat de la nullité sur le fondement de l'art. 10 qui définit un progrès économique dont on ne sait ce qu'il recouvre), il n'en demeure pas moins que la présente décision de la Cour constitue un encouragement pour des plaideurs qui ont peu utilisé cet article jusqu'à présent. A moins que ceux-ci ne préfèrent s'affranchir de ce texte, pour reconnaître directement la notion de dépendance économique comme l'ont fait postérieurement à la décision commentée deux arrêts significatifs de Cours d'Appels (cf. C. Paris (4e Ch.B) 23 mars 1989, Euro-Garage c. Régie Renault, inédit, « Considérant que cette responsabilité est d'autant plus certaine que dans le contrat d'adhésion liant les parties la position dominante appartenait à l'évidence à Renault alors même que Euro-Garage était un concessionnaire gérant une entreprise financièrement saine », comp. C. Versailles (3e Ch.) 9 mars 1989 , Renault c. Sada et Me Mandin, ès qualités, inédit).

II - A côté de cette aspiration égalitaire permise grâce à la notion de dépendance économique, la Cour défend l'utilité sociale en se montrant relativement exigente à l'égard du franchiseur. Mais, après tout, le juste ne contient-il pas dans ses flans l'utile ? (cf. Geny, Science et technique en droit privé positif, vol. 2. Paris, Sirey, 1913 nº 71).

En effet, l'arrêt met à la charge du franchiseur un cetain nombre d'obligations dont elle sanctionne une exécution imparfaite, la première d'entre elles consiste dans la transmission du savoir-faire. En l'espèce, son existence n'était pas niée : le franchiseur disposait d'une méthode originale de congélation et de décongélation des produits panifiés (sur la notion de savoir-faire et sa nécessaire originalité, cf. entre autre le jugement -qui ne manque pas d'humour - du Tribunal de commerce de Lyon du 10 octobre 1988, Socripa c. La table Lyonnaise, Les Petites Affiches, 30 novembre 1988, nº 144, obs. Nerot). Cependant, il n'avait transmis sa « bible d'exploitation » qu'en mai 1982, c'est-à-dire plus de six mois après la formation des contrats, en laissant ses franchisés développer, pendant ce laps de temps, sa méthode de façon empinique et imparfaite, ceux-ci ne disposant que d'un manuel sommaire. C'est donc au moment de la conclusion des contrats et non seulement au stade de leur exécution que doit s'apprécier la transmission du savoir-faire. La Cour bannit l'amateurisme dans les réseaux au plus grand profit du consommateur qui doit pouvoir disposer, dès l'ouverture d'une franchise, du meilleur produit possible.

Outre cette obligation de rigueur, l'arrêt exige du franchiseur une certaine obligation de réussite. En l'espèce, « La Croissanterie » avait peu à peu délaissé son réseau de franchise au profit d'une exploitation directe des divers points de vente ce qui a paru, aux yeux de la Cour, « peu compatible avec les principes régissant ce mode de distribution et avec le but essentiel de la franchise, qui est de rassembler une clientèle autour d'une marque représentant divers produits originaux, grâce aux efforts conjugés de professionnels réunis dans un réseau homogène ».

Incontestablement le réseau en cause manquait de cette homogénéité et ne permettrait pas un dialogue constant, d'une part, entre le franchiseur - qui se consacrait largement à son système d'exploitation directe - et ses franchisés et, d'autre part, entre les franchisés entre eux trop dispersés et peu nombreux.

A ce titre, la Cour défend d'une cohérence commerciale fondée sur une coopération effective entre les membres des réseaux.

Retour à l'équilibre contractuel en s'affranchissant de la qualification juridique des franchisés par le biais de la notion de franchiseur dont les prestations doivent être optimales dans l'interêt des consommateurs et des réseaux les plus compétitifs possibles : l'arrêt joint le juste à l'utile (cf. sur la combinaison de ces notions, J. Ghestin, Traité de Droit civil, Tome II, 2e éd. le contrat : formation, LGDJ. 1988, nº 172 et s.).

A partir de ces principes, l'arrêt tente de déterminer des sanctions : absence de cause qui doit s'apprécier au moment de la formation du contrat (Cass. 1e civ. 16 décembre 1986 , Bull. cass. I, nº 301, p 287) et ne peut exister qu'en l'absence de contrepartie réelle (cf. J. Ghestin, précité, nº 665) ou résolution pour inexécution, fût-elle partielle, d'obligations essentielles (laissée à l'appréciation du juge, elle semble possible, cf. Malaurie et Aynes, Droit civil, Les obligations, éd. Cujas, 1985, nº 541) : la Cour paraît encore hésiter. Là n'est, cependant, pas l'essentiel. Il appartiendra aux décisions ultérieures de préciser les moyens techniques appropriés pour rendre effectifs les principes qu'elle a su dégager.

Christophe JAMIN,
Ancien Boulton Fellow,
McGill University,
Avocat à la Cour de Paris.