
Chronique

DROIT DE LA DISTRIBUTION

PAR JEAN-MARIE LELOUP*

I - Début d'année en franchise

Le premier trimestre 2017 a été, comme chaque année, marqué par le Salon de la franchise.

Un vrai succès, dépassant les années précédentes par le nombre des exposants, 530, comme par le nombre des visiteurs (35 687) dont des étrangers en nombre accru (3 200).

Le président de la Fédération française de la franchise, Michel Bourel, et la déléguée générale Chantal Zimmer, peuvent être fiers de ce succès.

Et pendant ce temps, les cours et tribunaux poursuivent leur œuvre ; la présente chronique, sans valeur statistique, ni prétention à l'exhaustivité, permet de signaler des décisions qui révèlent un certain nombre de réalités de la pratique.

On le fera en organisant les décisions jurisprudentielles autour de la définition du contrat de franchise donnée dès la deuxième édition de « *La franchise, droit et pratique* »¹ : **contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisés, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes du ralliement de la clientèle et de son**

assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables.

Pour qu'il y ait contrat de franchise, il faut d'abord que le franchiseur ait mis au point et expérimenté un système de gestion, autrement dit, un savoir-faire.

A - Le savoir-faire

L'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 25 janvier 2017 (n° 15-28.064) montre combien la dénomination de contrat de franchise peut être usurpée : il s'agit d'une espèce où le franchiseur n'avait aucune expérience sérieuse, puisque créant une boutique de traiteur dans le courant de l'année 2011, c'est dès le 15 septembre de cette même année qu'il a prétendu transmettre son concept commercial à un partenaire qui ne pouvait d'aucune façon mériter le titre de « *franchisé* », pas plus que le promettant ne pouvait lui-même revendiquer le titre de « *franchiseur* ».

L'arrêt de la Cour de cassation constate que les franchiseurs, « *outre la surévaluation du double du taux de marge commerciale prévisionnel n'avaient pas prévu la rémunération des gérants dans le prévisionnel, ni le point mort comptable permettant de déterminer le chiffre d'affaires minimum pour générer du bénéfice, alors que le franchiseur avait la maîtrise complète de sa marge commerciale en fixant des prix de vente publics et les prix d'achat des produits à sa centrale d'achat* ».

On est loin de la franchise.

Un tel contrat où le système transmis n'a pas même un an d'expérimentation et où le « *fran-*

* Jean-Marie Leloup est Docteur en Droit – Avocat au Barreau de Paris, ancien Bâtonnier de l'Ordre de Poitiers.

1 - *La franchise, Droit et pratique*, par Jean-Marie Leloup, 2^e édition 1991, page 26, v. 5^e édition, page 12. Cette définition est reprise par de nombreuses décisions, notamment Amiens chambre commerciale, 6 octobre 2000, RG n° 96/02089, Société Sintelle, Bukowitz et Delaby, ès qualités c/ société Radenne et UAP.

chisé » accepte de s'engager dans une telle aventure, permet de dire que l'on se trouve en présence d'une inexpérience professionnelle réciproque.

En outre, le prétendu « franchiseur » n'avait pas remis de documents d'information précontractuelle à son partenaire.

B - L'information précontractuelle

Cette question nourrit souvent les contentieux, ce qui conduit à s'interroger sur l'influence que le nouvel article 1112-1 du code civil, généralisant l'obligation d'information précontractuelle pourrait avoir sur l'accroissement du contentieux en toute matière.

On peut se rassurer à la lecture de deux arrêts de la cour de Paris, en date du 25 janvier (n° 14/14356 et 14/23222).

Ils opèrent, tous deux, réduction au droit commun des sanctions de méconnaissance des éléments d'information précontractuelle visés à l'article R. 330-1 du code de commerce.

L'arrêt n° 14/23222 indique expressément : « la méconnaissance, par un franchiseur, de son obligation précontractuelle d'information n'entraîne la nullité du contrat de franchise ou d'affiliation que s'il est démontré que celle-ci est constitutive d'un dol, d'une réticence dolosive ou d'une erreur, de nature à vicer le consentement du franchisé ».

Pour l'arrêt n° 14/14356 : « le franchisé mécontent » ne justifie pas que l'absence d'information sur les perspectives de développement du marché local ait provoqué une erreur qui aurait été déterminante du consentement ».

Nous sommes bien dans la ligne de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1998 (Éd. Le Maraîcher)², absorbant la loi Doubin dans le droit commun de la formation du contrat.

Ces arrêts de la cour de Paris confirment parfaitement la jurisprudence selon laquelle le franchiseur n'a pas à fournir une étude du marché local : on lit dans l'arrêt n° 14/14356 « La loi ne mettant pas à la charge du franchiseur une étude du marché local, il appartient au franchisé de procéder, lui-même, à une analyse d'implantation précise lui permettant d'apprécier le potentiel, et par là même, la viabilité du fonds de commerce qu'il envisage de créer ».

Dans le même sens, la cour de Montpellier, dans un arrêt du 28 février 2017 (n° 15/02618), pour exonérer de tout reproche le franchiseur quant à sa prévision de chiffre d'affaires, déclare que l'évaluation qui en est faite est sérieuse et raisonnable : « seule une étude plus approfondie des conditions locales de concurrence commerciale dans le même domaine d'activité, aurait permis d'affiner cette prévision, étude qu'il n'appartenait pas au franchiseur de réaliser dans le cadre de ses obligations précontractuelles et qu'il avait invité en outre les candidats à la franchise à réaliser eux-mêmes, vainement en l'espèce ».

L'arrêt poursuit sur le reproche fait à la SA La Foir'Fouille de ne pas avoir fourni une information complète sur le marché concurrentiel local : « Elle n'avait nulle obligation légale de fournir d'autres informations que l'état général et local du marché des produits et services faisant l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché, et il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat.

Ceci est donc distinct d'une « étude de marché local concurrentiel » pour laquelle il était au contraire clairement conseillé au franchisé de la réaliser lui-même, dans le document précontractuel. »

Le document d'information précontractuelle, le projet de contrat qui doit l'accompagner et plus encore les négociations et visites qui vont conduire le franchiseur et le franchisé à s'accorder permettent aux candidats franchisés de se faire une certaine idée du savoir-faire du franchiseur.

De là résultent des possibilités de copie.

C - Les risques de la période précontractuelle

La cour de Poitiers, le 28 février (chambre civile 2, n° 125, 16/00532) relève des similitudes entre les établissements d'un franchiseur et celui d'un candidat franchisé qui n'a pas donné suite à la négociation, mais monté sa propre entreprise.

Pour l'essentiel, ces similitudes sont les initiales identiques de la dénomination des magasins du franchiseur et du magasin de celui devenu son concurrent, des locaux de même structure type hangar sous charpente métallique, l'organisation générale des magasins avec un ameublement identique.

La cour condamne le candidat devenu concurrent pour reproduction d'éléments du concept du franchiseur (condamnation pour

2 - Bulletin civil IV, n° 71, RTD com. 1998, obs. Bouloc.

parasitisme à 53.353 €, outre la publication de la décision dans un journal local).

Les clauses de confidentialité, de non-concurrence, d'exclusivité de la négociation, de durée de celle-ci³ sont utiles contre les pratiques de parasitisme.

Elles sont aujourd'hui renforcées par l'article 1112-2 du code civil nouveau : « *Celui qui divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

Le franchiseur ayant accompli ses obligations d'information précontractuelle, le contrat étant signé, il faut que le franchiseur tienne ses promesses et apporte au réseau, un savoir-faire éprouvé, une marque solide, un encadrement dispensant une assistance continue.

D - Le maintien au profit des franchisés des éléments promis par le franchiseur

Un exemple est donné le 12 janvier 2007 par la cour d'appel de Dijon (n° 14/01096), le licencié d'une marque conclut un contrat de franchise avec une société franchisée devant exploiter cette marque.

Un litige naît entre le titulaire et le licencié franchiseur, si bien que le franchisé sous-licencié est susceptible de ne plus pouvoir exploiter la marque.

La cour de Dijon annule le contrat et condamne le franchiseur à rembourser le droit d'entrée, les redevances versées avant la décision d'annulation, plus le remboursement des frais exposés par le franchisé à hauteur de 43.618 €.

C'est la non-réalisation d'une promesse de création d'une centrale de rachat et de référencement que sanctionne la Cour de cassation dans une affaire où la cour de Bordeaux avait résilié le contrat aux torts exclusifs de franchisés qui étaient fautifs pour n'avoir pas communiqué, à trois reprises, les récapitulatifs mensuels de leurs achats hors centrale.

Mais le franchiseur, de son côté, n'avait pas mis en place la centrale d'achat et de référencement promise dans le contrat.

Alors qu'en présence de fautes de part et d'autre, celle des franchisés de n'avoir pas four-

ni, à plusieurs reprises, des états comptables et celle du franchiseur de ne pas avoir tenu promesse quant aux services offerts aux franchisés, la cour de Bordeaux n'avait pas recherché si le manquement commis par les franchisés était d'une gravité suffisante, par rapport aux fautes du franchiseur, pour justifier la résiliation aux torts exclusifs des franchisés.

Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux est cassé : la Cour de cassation décide avec raison que le franchiseur n'avait pas justifié de l'exécution de l'obligation d'assistance lui incombant.

Il peut arriver aussi qu'un franchiseur qui s'est doté d'une structure permettant une bonne exécution du contrat, la mette en œuvre d'une façon défectueuse ou sans la célérité nécessaire.

E - La gestion du contrat

L'arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, du 20 avril 2017 (n° 16/11413) est un exemple intéressant de la liaison constante qui doit exister entre les services juridiques d'une entreprise et les avocats chargés de conduire ses procédures.

Deux entités du groupe Carrefour (CPF et CSF) avaient conclu avec une société franchisée deux contrats de location-gérance et de franchise et un contrat d'approvisionnement.

Le contrat de franchise comportait une clause compromissoire, mais s'agissant d'obtenir le paiement d'une redevance, elles assignent la société franchisée devant le tribunal de commerce compétent.

La société franchisée agissant en défense, n'invoque pas la clause compromissoire, mais cite elle-même CPF, devant le tribunal de commerce en nullité du contrat de location-gérance et en paiement.

La cour d'Amiens tient l'assignation portée par CPF et CSF devant le tribunal de commerce, comme entraînant renonciation irrévocable à la clause d'arbitrage.

La Cour de cassation confirme qu'un franchiseur peut porter atteinte lui-même à ses propres droits.

C'est ce que constate la cour de Paris dans son arrêt du 15 février 2017 (n° 14/15753) : la société Buffalo Grill était dans les liens d'un contrat de franchise avec une société dénommée Indian River, contrat conclu en considération de la personne de son président lequel était désigné dans le contrat comme « *partenaire* ».

3 - V. *La franchise. Droit et pratique*, op. cit., 5^e édition, n° 131 et 1904 à 1910.

Ledit président constitue une société concurrente sous la dénomination Val Trappeur dont l'établissement présente, de surcroît, des similitudes avec l'apparence des restaurants Buffalo Grill.

La société Buffalo Grill obtient donc que soit retenue contre Val Trappeur une condamnation pour concurrence déloyale évaluée à 20.000 €.

Buffalo Grill invoquait un article du contrat selon lequel « *la partie au tort de laquelle la résiliation aura été prononcée, devra verser à son co-contractant une indemnité égale au double du montant estimatif des redevances qui auraient été payées au franchiseur jusqu'au terme normal du contrat, cette indemnité devant en toute hypothèse être au moins égale à 1.000.000 €.* »

Mais la cour de Paris observe qu'il s'est écoulé trop de temps entre le moment où Buffalo Grill a constaté l'ouverture d'un restaurant concurrent (Val Trappeur) et l'envoi de la lettre de résiliation, si bien que Buffalo Grill a accepté de poursuivre pendant un certain temps l'application du contrat de franchise, et la Cour, qui peut modérer le montant de l'indemnité contractuelle lorsque son montant paraît manifestement excessif au regard du préjudice effectivement subi par le créancier, décide de condamner Indian River au paiement de 40.000 €.

F - Le respect de l'indépendance des franchisés et le maintien entre eux de cette indépendance

L'animation du réseau par le franchiseur doit être conduite dans le respect de l'indépendance du franchisé quant à la gestion interne de son entreprise, notamment en ce qui concerne son personnel. La cour de Metz en donne un bon exemple : une société franchisée de Noz, pour procéder au licenciement de l'un de ses salariés, donne pouvoir à une animatrice du réseau, employée d'une société liée au franchiseur. La cour de Metz juge, naturellement, « *Dans la mesure où la procédure de licenciement a été conduite par un salarié du franchiseur, qui est une personne étrangère à l'entreprise du franchisé non soumise par lien de subordination à l'employeur qui licencie, et sans qu'il soit fait état d'un contrat de travail liant Monsieur K. au franchiseur, le licenciement est nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse et il incombe d'accueillir ce moyen non expressément soulevé en première instance, sans qu'il soit utile d'appréhender le bien-fondé des griefs invoqués dans la lettre de licenciement* ».

La publication, le 6 mai 2017, du décret d'application de l'article 64 de la loi du 9 août 2016, n° 2016-1088, article modifié par le Conseil constitutionnel⁴, rend nécessaire pour les réseaux de connaître le nombre global des salariés employés par leurs franchisés : très exactement « *la moyenne sur l'année écoulée de leur effectif* », cela pour déterminer si le réseau atteint le seuil de 300 salariés rendant possible la mise en place de l'instance de dialogue d'une organisation sociale représentative.

Cette entrée en application de l'article 64 de la loi du 9 avril 2016 ne crée pas de lien entre les franchisés d'un même réseau. Mais elle doit rendre plus attentif aux incidences du droit du travail sur les réseaux de franchise⁵.

Ainsi, il serait de mauvaise méthode de permettre aux franchisés des permutations de personnel entre les entreprises franchisées ; la chambre sociale de la Cour de cassation, le 2 février (n° 16-11.050) a rejeté un pourvoi contre un arrêt de la cour de Rennes : une employée d'une société en liquidation judiciaire demandait que son employeur apporte des éléments probants sur la possibilité ou l'impossibilité de reclassement dans une autre entreprise du réseau ; la chambre sociale, au soutien du rejet, indique « *qu'il n'était pas établi de permutation de personnel entre les sociétés exerçant leur activité sous contrat de franchise.* »

G - Faire des affaires profitables

C'est le but commun des franchiseurs et des franchisés.

Ce bref recensement de la jurisprudence du premier trimestre 2017 laisse voir que sur dix décisions retenues, cinq touchent des entreprises en procédure collective. C'est la sanction de savoir-faire insuffisant ou insuffisamment expérimenté : on ne répétera jamais assez que sans véritable savoir-faire, éprouvé, il ne peut y avoir de franchise et qu'il appartient au franchiseur de démontrer l'excellence de son système de gestion par ses établissements pilotes.

II - Fenêtre sur l'Europe

C'est une belle fenêtre sur l'Europe que vient d'ouvrir la Cour de cassation par son arrêt du 6 décembre 2016 (n° 15-14.212) sur pourvoi contre un arrêt de la cour d'Orléans. Une pé-

4 - V. RJCom. 2016, 104, p. 401.

5 - V. D. Baschet – Newsletter de Franchise Magazine.

riode d'essai de douze mois ayant été stipulée dans un contrat d'agence commerciale, avec faculté de révocation pendant cette période moyennant préavis, l'agent commercial, révoqué par décision du mandant, a-t-il droit à l'indemnité compensatrice de cessation de contrat ?

La Cour de cassation indique que sa jurisprudence constante décide que la stipulation d'une période d'essai n'est pas interdite dans les contrats d'agence commerciale, qu'aucune disposition de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 ne fait allusion à une éventuelle période d'essai, mais qu'il importe de s'interroger sur la portée générale de l'article 17, paragraphe 1, de la directive qui dispose que les États membres doivent prendre toutes mesures nécessaires pour assurer à l'agent commercial, après cessation du contrat, une indemnité conforme à l'une ou l'autre des options proposées par l'article 17.

Aussi, la Cour de cassation pose à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : « *L'article 17 de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, s'applique-t-il lorsque la cessation du contrat d'agence commerciale intervient au cours de la période d'essai qui y est stipulée ?* ».

La question est opportune, ne serait-ce que pour permettre élégamment un revirement de jurisprudence tant la réponse de la Cour de justice paraît certaine.

La directive 86/653 a été inspirée par un double souci, d'une part, l'égalisation des conditions de concurrence dans la distribution des produits par des réseaux d'agents commerciaux, d'autre part, la protection de l'agent commercial.

L'article 17 de la directive, en son paragraphe 1, est d'une clarté qui fait de ce texte un élément fondamental de la directive : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer à l'agent commercial, après cessation du contrat, une indemnité selon le paragraphe 2 ou la réparation du préjudice selon le paragraphe 3* », et l'article 19 dispose que : « *Les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent commercial* ».

Les options laissées aux droits nationaux dans le choix de l'un ou l'autre des deux paragraphes de l'article 17 ne masquent pas le principe qui est d'assurer à l'agent commercial, à la fin du contrat, le dédommagement de la

perte de la part de marché qui constituait l'objet du contrat.

La Cour de cassation relève dans son arrêt qu'aucune disposition de la directive ne fait référence à une éventuelle période d'essai.

C'est exact : mais l'article 19 est là.

La période d'essai, technique importée du droit du travail, n'a pas de sens dans un contrat d'agence commerciale où l'agent commercial apporte au mandant le savoir-faire constitué par sa connaissance du marché, de la clientèle, des habitudes de celle-ci et des méthodes de négociation qu'il faut employer avec chaque client.

L'agent commercial ne va pas transférer ce savoir-faire pour être évincé de la relation commerciale quelques semaines ou quelques mois ensuite.

Comme le dit excellemment le mémorandum présenté au ministère allemand de la Justice par la CDH, l'importante Fédération allemande des agents commerciaux, en vue de la réponse de l'Allemagne à la question préjudicielle, l'agent commercial est celui qui ouvre les portes. Ce n'est évidemment pas pour les voir se refermer devant lui.

La situation de fait qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre mérite aussi attention : le contrat en cause avait pour objet « *la vente de constructions de maisons individuelles* », activité qui entre dans le champ de l'article 1-1 de la loi du 2 janvier 1970 et exclut la qualité de l'agent commercial par application de l'article L. 134-1 alinéa 2 du code de commerce ; la société se présentant comme agent commercial ne pouvant pas non plus bénéficier de l'assimilation, tout à fait injustifiée d'ailleurs, d'un négociateur immobilier à un agent commercial, puisque l'article 97 de la loi du 13 juillet 2006 réserve cette assimilation aux personnes physiques.

Cela n'enlève rien à la pertinence de la question préjudicielle : la Cour de justice a pour mission d'interpréter les traités et les actes dérivés, quel que soit le champ d'application que leur donne une législation nationale.

Nous n'étions pas dans l'agence commerciale et ceci explique qu'il y ait eu, dans ce contrat à l'essai, une clause d'objectif : réaliser 25 ventes immobilières par an.

On sait que la non-réalisation d'un objectif, fût-il contractuel, n'est pas considéré par la

jurisprudence comme une faute grave de l'agent commercial⁶.

De surcroît, il s'agissait de vendre à des particuliers des maisons individuelles, donc une vente à des consommateurs où la notion d'objectif peut avoir un sens, alors que dans le domaine des ventes entre professionnels, l'aléa des affaires enlève beaucoup de réalisme à une clause d'objectif.

III - En peu de mots : négociier

L'arrêt rapporté dans « *Fenêtre sur l'Europe* » signifie-t-il une attention nouvelle portée à l'entraide que la Cour de justice et les juridictions nationales se doivent ?

Ce serait une évolution heureuse permettant l'abandon de la position étonnante de la Cour de cassation dans l'interprétation du mot « *négociier* » à l'alinéa premier de l'article L. 134-1 du code de commerce. On sait que dans une affaire n° 13-22.476, un arrêt de la chambre commerciale du 9 décembre 2014 n'a pas posé la question préjudicielle que suggérait l'avocat général⁷.

La CJUE a en effet exprimé (aff. C-315/14, 7 avril 2016) que dans le contrat d'agence commerciale, « *L'agent commercial doit veiller aux intérêts du commettant, notamment en s'employant comme il se doit à la négociation et, le cas échéant, à la conclusion des opérations dont il est chargé par celui-ci* » et qu'en ce qui concerne « *Les objectifs poursuivis par la directive 86/653, il convient de rappeler que celle-ci vise, notamment, à protéger l'agent commercial dans sa relation avec le commettant (v. en ce sens, arrêts Honyvem Informazioni Commerciali, C-465/04, EU:C:2006:199, point 19, et Quenon K., C-338/14, EU:C:2015:795, point 23)*. La Cour a déjà jugé que l'article 17 de cette directive est, à cet égard, d'une importance déterminante (v. en ce sens, arrêt Unamar, C-184/12, EU:C:2013:663, point 39) ».

IV - Quelques chiffres

400 = 1000

Cette curieuse égalité n'est valable qu'à Paris, en matière d'urbanisme commercial et pour une

période d'exploitation de trois ans à compter du 1^{er} janvier 2018 (loi du 27 février 2017, au JO du 1^{er} mars).

Le seuil de superficie commerciale ouverte ou aménagée nécessitant une autorisation préalable d'exploitation délivrée par la Commission départementale d'aménagement commercial est actuellement de 1000 m² ; pendant les années 2018, 2019 et 2020, elle sera abaissée à 400 m².

On sait les particularités des surfaces commerciales à Paris, auxquelles l'Autorité de la concurrence s'est intéressée notamment par son avis du 1^{er} décembre 2010⁸.

Mais cette disposition, même transitoire, n'est pas favorable à l'investissement.

6 - Cass. com., 30 mai 2002, n° 00-16.857, et pour les décisions des juges du fond v. J-M Leloup, *Les agents commerciaux*, Delmas-Dalloz 7^e édition, n° 135-13.

7 - Sur cet arrêt, v. 40^e colloque de l'Association Droit & Commerce, Gaz. Pal. 13 août 2015.

8 - V. RJCom. n° 2011-2, page 171.