Gouache.

LES AVOCATS
DE LA DISTRIBUTION

Au menu du PDJ

- 1 - faire le point des évolutions qui pourraient résulter en droit de la franchise, de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1er octobre 2016,

- 2 - rendre compte d'un tableau d'ensemble de l'état du droit de la franchise sur les thèmes traités. Compte tenu de la forte actualité législative, cette année, nous retiendrons surtout les décisions de la Cour de cassation. On conservera l'ordre chronologique : formation du contrat, exécution, cessation des effets du contrat, un thème traitant de l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence en matière de franchise;

- 3 - enfin, les lois EL KHOMRI et SAPIN 2 seront examinées quant à leur impact sur les réseaux de distribution.

I – FORMATION DU CONTRAT

Nous envisagerons les apports que l'on peut attendre de la réforme des contrats , s'agissant de la formation du contrat de franchise (A), avant de traiter de l'actualité de la jurisprudence sur la formation du contrat de franchise (B).

I – FORMATION DU CONTRAT

A. Actualité législative : la réforme des contrats et la formation du contrat de franchise.

Pour les contrats de franchise conclus après le 1er octobre 2016 (ce qui inclut ceux qui seraient renouvelés après cette date, le contrat renouvelé étant un nouveau contrat), la réforme des contrats résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 s'applique.

Quelles seront ses conséquences en matière de formation du contrat, c'est-à-dire d'abord sur l'information précontractuelle (1), ensuite plus largement sur les conditions de validité du contrat de franchise (2), et ensuite sur la possibilité de sécuriser les contrats de franchise grâce à l'interpellation interrogatoire issue de la réforme (3) ?

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

1. L'information précontractuelle dans la franchise après la réforme des contrats

Le nouvel article 1112-1 du code civil dispose que:

« *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*
« *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.*
« *Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.*
« *Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.*
« *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. …* »

Ce texte **d'ordre public**, ne peut être écarté par la volonté des parties.

I – FORMATION DU CONTRAT

A. Actualité législative

La difficulté en matière de franchise tient à l'existence de l'article L 330-3 du code de commerce, qui prévoit déjà une information précontractuelle due au franchisé et qui liste les informations à donner.

Jusqu'alors, le franchiseur qui donnait l'ensemble des informations prévues par le code de commerce à son futur franchisé, se trouvait en fait à l'abri d'une action en justice de son franchisé pour inexécution de son obligation précontractuelle d'information, sous réserve du contentieux récurrent et toujours très abondant concernant l'étude de marché et les comptes prévisionnels, mais sur lequel la jurisprudence restait ferme : le franchiseur n'est tenu de délivrer au franchisé qu'un état du marché, et non une étude de marché (cf infra). Le franchiseur n'est pas tenu de faire des comptes prévisionnels pour le franchisé. En revanche, s'il les fait, il est responsable si les comptes sont vraiment exagérément optimistes.

I – FORMATION DU CONTRAT

A. Actualité législative

Aujourd'hui, il est permis de se demander si le nouvel article L 1112-1 du code civil ne permettrait pas au franchisé d'attendre d'autres informations de la part du franchiseur.

Tout d'abord, **il y a tout lieu de penser que l'article L 1112-1 du code civil se cumule avec l'article L 330-3 du code de commerce**, dans la mesure où le texte du code de commerce ne dit pas que les informations précontractuelles qu'il demande, seraient les **seules** informations qui pourraient être exigées du franchiseur.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Ensuite, certains s'interrogent sur le devenir de la jurisprudence admettant que le franchiseur n'a pas à établir de comptes prévisionnels.

Ne devrait-il pas établir ces comptes au titre de son obligation générale d'information précontractuelle fondée sur l'article L 1112-1 susvisé ?

La réponse doit être cependant négative, car le texte dit bien que **c'est « *celle des parties qui connaît une information* » qui doit la fournir.**

C'est dire que le texte n'impose pas à un cocontractant de se renseigner d'abord pour informer, mais d'informer quand il sait.

Dès lors, le franchiseur ne saurait avoir à se renseigner d'abord en faisant établir des comptes prévisionnels, pour en informer ensuite le franchisé.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

La jurisprudence qui ne met pas à charge du franchiseur l'établissement de comptes prévisionnels pour le franchisé devrait donc se maintenir.

Tout au plus peut-on **mettre en garde le franchiseur, qui recevrait des comptes prévisionnels manifestement irréalistes, établis par son franchisé et ses conseils, contre le silence qu'il garderait alors**.

En effet, dans ce cas, il connaîtrait une information (relative au caractère irréaliste des comptes prévisionnels établis), il connaîtrait son caractère déterminant pour le franchisé, et il devrait alors l'en informer.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

2) Les conditions de validité du contrat de franchise après la réforme des contrats

L'article 1128 nouveau du code civil dispose que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : « 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain.* »

La capacité des parties ne pose pas de difficultés spécifiques à la franchise. On sait par ailleurs que la cause a disparu formellement, et pourtant, après avoir étudié le consentement des parties (a), le contenu licite et certain du contrat (b), nous devrons rechercher si la cause n'a pas été tout simplement remplacée par la contrepartie en matière de franchise (c).

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Le consentement des parties au contrat de franchise

Quelques modifications des textes sur les vices du consentement sont susceptibles d'avoir des effets en matière de franchise.

On constate que la jurisprudence qui ne déduisait pas de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle la nullité automatique du contrat, mais qui exigeait la preuve d'un vice du consentement, est entérinée (Cass. Com. 10 février 1998 n°95-21906).

L'article 1112-1 précité in fine dispose en effet : « *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information* ***peut*** *entraîner l'annulation du contrat* ***dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*** ».

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Le consentement des parties au contrat de franchise

L'erreur sur les qualités **essentielles** de la prestation (article 1133 et suivants nouveaux du code civil) devrait ressembler à l'erreur sur les qualités **substantielles** du droit antérieur.

Et si **le texte de la réforme ne parle pas de l'erreur sur la rentabilité**, rien ne permet pour autant de dire que la jurisprudence antérieure ne survivra pas.

Le dol jouera comme par le passé, sous la réserve qu'il peut maintenant émaner non seulement du contractant, mais aussi « *d'un tiers de connivence* » (art 1138 al.2 nouveau du code civil).

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

La grande évolution pourrait résulter de **la violence par abus de dépendance, prévue à l'article 1143**, qui dispose :

« *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »

Dans le passé, la jurisprudence avait fait une application parcimonieuse de la violence économique qu'elle avait admise en certaines occurrences (Cass. 1ère civ. 30 mai 2000; encore récemment Cass. 1ère civ. 4 février 2015 n°14-10920; Civ. 1, 18 février 2015 n°13-28278), et elle avait fait une application très stricte de la notion d'abus de dépendance économique de l'article L 420-2 du code de commerce (Cass. Com 12 octobre 1993 *Bull. civ.*, IV, n° 337, p. 243 ; *D.*, 1994, somm., p. 169, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac).

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

On ignore si elle sera aussi réservée à propos de ce texte sur la violence par abus de dépendance. Mais il faut espérer qu'elle ne fasse pas non plus de ce texte une application trop large, au risque de compromettre toute sécurité juridique.

En matière de franchise, on peut penser que lors de la conclusion du premier contrat, le candidat franchisé ne se trouvera pas dans un état de dépendance vis à vis du futur franchiseur.

C'est plus lors du renouvellement du contrat de franchise que la question pourrait se poser, si le renouvellement est proposé avec des modifications très significatives de l'équilibre contractuel du contrat antérieur, et ce au détriment du franchisé.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Cependant, à supposer même que les juges n'adoptent pas une position aussi stricte de l'état de dépendance que celle adoptée en droit antitrust, **on peut espérer que les juges ne retiendront pas systématiquement la dépendance du franchisé, dès lors qu'il œuvre dans un secteur où il y a beaucoup d'autres réseaux de franchise, et où il pourrait donc candidater à l'entrée dans un autre réseau,** ou bien dès lors qu'il peut aisément continuer un commerce seul, tout en cessant d'utiliser le savoir-faire de son ancien franchiseur (cf par exemple infra Cass. Com 8 décembre 2015 n° 14-19487 qui admet qu'un ancien franchisé du réseau Pétrin Ribeirou, a pu sans se rendre coupable de concurrence déloyale, continuer à vendre du pain, après la cessation de son contrat de franchise).

I – FORMATION DU CONTRAT

A. Actualité législative

Il faut ajouter que la question du conflit entre la violence par abus de dépendance de l'article 1143 du code civil et le déséquilibre significatif de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce se posera nécessairement, car ces deux textes visent des situations très proches.

Une articulation difficile avec le déséquilibre significatif

1143 c.civ

« *Art. 1143.* – Il y a également violence lorsqu'une partie, **abusant de l'état de dépendance** dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un **engagement** qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un **avantage manifestement excessif**.

Art. L442-6

I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

…

2° De **soumettre ou de tenter de soumettre** un partenaire commercial à des **obligations** créant **un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** ;

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Cela recouvre donc des hypothèses très proches
Y aura-t-il cumul ou non ?

Pour échapper à la compétence des juges spécialisés qui ont seuls le pouvoir de juger sur le fondement de l'article L442-6 c.com., pourra-t-on venir demander la nullité du contrat pour violence économique devant le juge de droit commun?
Ou bien **appliquera-t-on la règle « le spécial déroge au général »?**

C'est délicat, car ici on est en matière de vice du consentement. Donc une règle sur le déséquilibre significatif est-elle spéciale par rapport à une règle sur le vice du consentement?

Ce sont des questions que les juges auront à trancher.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Le contenu licite et certain du contrat de franchise

S'agissant du contenu du contrat de franchise, la jurisprudence des arrêts d'Assemblée Plénière du 1er décembre 1995 (not. n° 91-15578) est tout d'abord consacrée.

L'article 1164 nouveau du code civil dispose en effet que « *dans les contrats cadre, il peut être convenu* ***que le prix sera fixé unilatéralement*** *par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.* ***En cas d'abus dans la fixation du prix****, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.* »

La version finale du texte a fort heureusement abandonné la fixation du prix par le juge en cas d'abus.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

L'évolution la plus délicate pourrait être celle qui résulterait de l'article 1171 du code civil qui dispose que:

« *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*
« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. ».

La difficulté vient ici du fait qu'à supposer que les conditions soient remplies, la franchise entrerait plutôt dans le domaine de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, comme se plaisent à le dire les juges pour les réseaux de franchise de la grande distribution (cf infra Cass. Com 4 octobre 2016 pour les franchisés Carrefour).

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Dès lors, la première question qui vient à l'esprit est celle du cumul ou non des deux textes, sur lequel la **doctrine est partagée** (**contre le cumul en raison du principe selon lequel le spécial déroge au général** : cf M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le code civil, JCP éd G 2016 p. 662-665 ; **plutôt pour le cumul, considérant que la spécialisation des juridictions n'est pas un obstacle, mais dépend du fondement choisi de la demande**, A. Hontebeyrie, 1171 contre L 442-6 I 2° : la prescription dans la balance, D. 2016 p. 2182 et s).

La question de l'effectivité d'une réservation à des juridictions spécialisées des litiges portant sur l'article L 442-6 se pose. Il serait si facile de contourner cette juridiction exclusive, si l'on admettait le cumul.

I – FORMATION DU CONTRAT

A. Actualité législative

Cela crée toutefois une grande incertitude, qui ne sera sans doute levée qu'une fois que la Cour de cassation se sera prononcée. Il faut s'attendre entre-temps à un certain désordre : quelques juges du fond vont probablement exclure le cumul, alors que d'autres vont l'admettre. Plus tôt la Cour de cassation se prononcera, le cas échéant par voie d'avis, plus la prévisibilité sera préservée.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Quoi qu'il en soit, la question du déséquilibre significatif ne se pose que si le contrat est un contrat d'adhésion.

Celui-ci est défini par opposition au contrat de gré à gré à l'article 1110 du code civil, en ces termes : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont* ***librement*** *négociées entre les parties.*

« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

L'expression « contrat d'adhésion » est expressément employée dans l'article 1171 du code civil.

Elle l'a été pour l'article L 442-6 I 5° du code de commerce par la Cour de cassation, dans l'arrêt Provera (Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10907, Provera France, M. Behar-Touchais Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif, RDC 2015 p. 523 et s.; D 2015 J 1021 note Frédéric Buy).

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Récemment, la Cour de cassation a appliqué ce dernier texte à un contrat-type remis par un grand distributeur à ses fournisseurs (cf infra Cass. Com. 4 oct 2016 n° 14-28013).

Mais d'aucuns tentent d'opposer le contrat d'adhésion qui serait visé par l'article 1171 du code civil au contrat de dépendance visé par l'article L 442-6 I 2° (cf F. Chenédé, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, JCP2016 ed G n° 27. 776).

Au menu du PDJ

En réalité, **quel que soit le nom donné, seul le contrat librement négocié échappe au déséquilibre significatif** (cf obs M. Behar-Touchais sous Cass. Com. 4 oct. 2016, RDC 2017 T.1 à paraître, « Le nouveau théorème d'Archimède: des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif »).

L'alinéa 2 de l'article 1171 du code civil doit d'ailleurs être lu en contemplation de son alinéa 1 : ce qui est librement négocié est un contrat de gré à gré, et donc, ce qui n'est pas librement négocié est un contrat d'adhésion.

Au menu du PDJ

Or, **le contrat de franchise est-il un contrat librement négocié ?**

Cela dépend certainement des situations. Mais il ne faut pas poser comme a priori qu'il n'y a aucune négociation du contrat de franchise.

Certes, le concept même du franchiseur ne sera pas négocié, car c'est ce qu'a à offrir le franchiseur (mais tout déséquilibre significatif doit être ici exclu, car il s'agit de l'objet principal du contrat, sans aucun doute sur le fondement de l'article 1171 du code civil, et probablement sur celui de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce), mais toutes les autres clauses du contrat sont susceptibles d'être librement négociées. **Il convient d'ailleurs au franchiseur de se réserver la preuve de la réalité des négociations.**

Il convient aussi qu'il évite en tout état de cause les déséquilibres significatifs. La jurisprudence montre ainsi que **les clauses donnant un pouvoir unilatéral, les clauses non réciproques, celles entrainant un transfert de charges, risquent par exemple d'être entachées d'un déséquilibre significatif.**

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

la disparition formelle de la cause de la franchise

La cause est morte, vive la cause ! La réforme a emporté avec elle la 4ème condition de validité du contrat : à savoir une cause licite.

Mais toute la jurisprudence ancienne qui exigeait un savoir-faire pour causer le contrat de franchise, ne va pas pour autant disparaître.

En effet, l'article 1169 du code civil dispose qu' « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, **la contrepartie convenue** au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

la disparition formelle de la cause de la franchise

Il n'est plus nécessaire qu'il existe une cause à l'engagement du franchisé, mais celui-ci doit avoir une contrepartie, à savoir le transfert de savoir-faire.

C'est sans doute la version juridique d'un fameux slogan de campagne présidentielle : « le changement dans la continuité ».

Notons également que pourra être utilisée en matière de franchise la **nullité d'un commun accord prévue par le nouvel article 1178 du code civil**, si ce n'est que pour qu'il n'y ait pas de risque qu'une des parties ne revienne sur son consentement, il **est préférable de faire une nullité transactionnelle,** comme cela se faisait antérieurement.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

3) Comment sécuriser les contrats de franchise grâce à l'interpellation interrogatoire issue de la réforme ?

En vertu de l'article 1183 nouveau du code civil, applicable dès le 1er octobre 2016 aux contrats en cours, « *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.*

« L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »
Ce texte consacre ce que certains appellent une **action interrogatoire**, mais ce que nous préférons appeler avec d'autres **une interpellation interrogatoire , car il ne s'agit pas d'une action en justice.**

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Ce texte ne peut-il pas être utilisé pour sécuriser le contrat de franchise ?
Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une nullité susceptible de confirmation, donc une **nullité relative.**

C'est le cas tout d'abord des **nullités pour vice du consentement**.

Dès lors, afin de consolider le contrat, ne serait-il pas opportun de procéder par exemple comme suit ? Après six mois ou un an d'exécution de la franchise, **et si tout va bien entre le franchiseur et le franchisé**, mais que les résultats du franchisé sont un peu inférieurs aux résultats de ses comptes prévisionnels, sans que cela remette en cause le désir du franchisé de rester dans le réseau, où il se sent bien, il faudrait mettre le franchisé en demeure, de reconnaître que son consentement n'a pas été vicié. Le défaut d'action dans le délai de 6 mois, priverait le franchisé du droit de se prévaloir de l'argument opportuniste de la nullité, au cas où les parties plus tard ne s'entendraient plus.

I – FORMATION DU CONTRAT

A. Actualité législative

Bien sûr cela ne pourrait être utilisé que si le franchisé se sent bien dans le réseau, et qu'il a eu connaissance de l'éventuel vice, et donc si le franchiseur est sûr que le franchisé ne saisira pas l'occasion de cette interpellation interrogatoire pour demander effectivement la nullité.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

En revanche, pourrait-on utiliser de la même façon l'interpellation interrogatoire pour sécuriser le contrat de franchise, et empêcher que des années plus tard, le franchisé n'invoque de manière opportuniste le **défaut de savoir-faire.**

A priori, la condition tenant au caractère relatif de la nullité serait remplie. En effet, la sanction de l'ancienne absence de cause (ancien article 1131 du code civil) était une **nullité relative** (Ph. Simler, La sanction de l'absence de cause, Mélanges Yves Serra : Dalloz 2006, p. 409). C'est en effet ce qu'avait décidé la Cour de cassation pour la nullité pour défaut de cause, après avoir longtemps décidé le contraire.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

De nombreux arrêts ont retenu que la sanction de l'absence de cause protège un intérêt privé et *"qu'une nullité protectrice du seul intérêt particulier de l'un des contractants est une nullité relative"*, et ils ont fait application à l'action de la prescription quinquennale propre aux nullités de cette nature, avant la réforme de la prescription (Cass. 1ère civ. 20 février 2011, n°99-12.574.- 1ère civ. 29 sept. 2004 n°03-10766).

La troisième Chambre civile a tenu le même raisonnement dans une hypothèse où l'impossibilité pour l'une des parties de tirer un profit du contrat passé était jugée constitutive d'une absence de causse (Cass. 2ème civ. 29 mars 2006 n°05-16032, JCP G 2006 I , 153, n° 7, obs. Constantin ; D. 2007, p. 477, note J. Ghestin ; RDC 2006/4, p. 1072, obs. D. Mazeaud).

Il en ira probablement de même pour la nullité pour absence de contrepartie de l'article 1169 nouveau du code civil, qui devrait être qualifiée de nullité relative.

I – FORMATION DU CONTRAT
A. Actualité législative

Mais, pour utiliser l'interpellation interrogatoire, **il faut aussi que la cause de nullité ait cessé.**

Dès lors s'il n'y avait pas de savoir-faire au départ, et si n'a rien changé depuis l'écoulement du délai de 6 mois, la cause de nullité n'aura pas cessé.

En revanche, s'il y avait un savoir-faire insuffisamment expérimenté au jour de la conclusion du contrat, et que celui-ci a continué à être expérimenté par le franchiseur entre temps, on pourrait se trouver dans une situation où la cause de nullité pourrait avoir cessé.

Tout cela est cependant à manier avec beaucoup de prudence.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

On peut distinguer sur la période tout d'abord quelques contentieux atypiques (1), ensuite des contentieux relatifs à l'information précontractuelle et à la responsabilité ou à la nullité en cas d'insuffisance de cette information (2), puis des contentieux fondé sur l'absence de savoir-faire expérimenté du franchiseur (3).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

Parmi les contentieux non récurrents, on peut aussi citer **un contentieux sur la substitution dans le bénéfice du contrat de franchise.**

Un franchisé M. X conclut un contrat de franchise pour le compte de la société DR Finance en cours de constitution. Suite à la rupture de ce contrat de franchise, imputable au franchisé, le franchiseur est créancier de dommages et intérêts. La société franchisée étant en liquidation judiciaire, il agit contre son fondateur.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

La clause de substitution a pour certains auteurs un effet déclaratif (M. Behar-Touchais, Retour sur la clause de substitution, Mélanges Louis BOYER, Presses universitaires de Toulouse, 1996 ; E. Jeuland Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, 1996, Rennes 1), et donc rétroactif.

La jurisprudence semble entériner cette analyse, puisqu'en tout cas, elle a toujours affirmé que la substitution (dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente) n'a pas d'effet translatif (Cass. 3ème civ. 27 avril 1988 n°86-17337 ; 3 ème Civ.17 avril 1984 n°83-12106).

La société DR Finance, après la substitution, était donc supposée avoir toujours été seule engagée dans les termes du contrat de franchise. Mais en l'espèce, la substitution avait été autorisée « ***sous réserve*** *de la condition essentielle, sans laquelle le contrat ne serait pas conclu****, du maintien de (l') engagement personnel et solidaire*** **» du fondateur**, ce que la Cour de cassation entérine en l'espèce (Cass. Com. 3 mai 2016 n° 14-29599).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

Il est toutefois permis de se demander si l'on peut ainsi contourner ainsi l'article L 210-6 du code de commerce qui dispose que « *les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis,* ***à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société****.* ».

Certes, on ignore si M. X avait fait les formalités pour qu'il y ait reprise des engagements (les actes sont repris par le seul effet de la signature des statuts une fois la société immatriculée dès lors qu'il a été établi et présenté aux associés un état de ces actes annexé aux statuts. Pour qu'il y ait reprise, l'acte doit être expressément visé par l'état annexé aux statuts : Cass. Com 13 juillet 2010 n°09-68142 ; la reprise peut aussi être décidée après l'immatriculation de la société. Cette décision doit être prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés : Cass. Com. 12 juillet 2004 n°01-16801).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

En outre, rien n'interdit dans ce cas d'exiger le cautionnement personnel par le fondateur des dettes de la société, mais il faut alors respecter le formalisme du cautionnement consenti par une personne physique et toutes les règles de protection des cautions.

La clause de substitution prévue dans l'arrêt commenté, n'a-t-elle pas permis de contourner ces règles, la personne physique du fondateur se trouvant engagée à garantir les dettes sociales, sans avoir été aucunement protégée ?

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

L'année 2016 a vu également se développer les **contentieux habituels à la franchise.**

On mettra en exergue ceux concernant l'état de marché (a), puis les comptes prévisionnels (b), qui ne cessent de susciter des litiges, avant d'envisager d'autres prétentions fondées sur une erreur sur la rentabilité (c) ou sur le dol (d).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

a) Le document d'information précontractuelle (DIP) et l'état de marché local

La jurisprudence distingue depuis toujours d'une part, l'état du marché local, lequel ne comporte que des données brutes sur l'offre et la demande du marché pertinent, et que le franchiseur a l'obligation de remettre au franchisé, et d'autre part, une étude de marché, laquelle comporte l'analyse de ces données et permet de conclure à l'opportunité de l'investissement. En aucun cas, le franchiseur n'est tenu d'établir une telle étude : cela relève de la seule responsabilité du franchisé.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (CA Paris 22 novembre 2016 RG 14/14778) semble remettre en cause cette distinction. Mais sa portée est diminuée par le fait qu'il statue seulement sur un recours contre une sentence arbitrale, dont l'arrêt relève qu'elle avait admis la responsabilité du franchiseur (partagée avec le franchisé), parce que le franchiseur, qui n'était tenu de faire qu'un état du marché, avait néanmoins fait remettre au franchisé une véritable étude de marché, qu'il avait commandée à une de ses filiales ou à un prestataire de services. Le franchiseur avait donc délivré **spontanément** une étude de marché, dans laquelle avait été sous-estimée la concurrence que pouvait faire un des acteurs de la zone de chalandise, en l'occurrence un magasin à l'enseigne Leclerc.

I – FORMATION DU CONTRAT

B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Le franchiseur considérait que le tribunal arbitral avait méconnu le principe d'ordre public de l'autonomie des personnes morales en ce qu'il l'avait rendu responsable du fait d'un tiers, auteur réel de l'étude de marché, et qui n'était pas dans la procédure.

Cette critique va être rejetée au motif « *que, contrairement à ce que prétendent les recourantes, une telle décision, qui met la responsabilité du fait de l'insuffisance de l'étude de marché à la charge du franchiseur, débiteur légal de l'obligation de fourniture de ce document, ne méconnaît aucun principe d'ordre public*» (CA Paris 22 novembre 2016 RG 14/14778).

Il semble que la Cour d'appel, dans cet arrêt, ne se soit pas fondée sur le fait que le franchiseur qui charge un tiers de réaliser l'étude de marché, doit répondre de ce tiers, mais plutôt sur le fait que le franchiseur serait le débiteur légal d'une étude de marché, ce qui semble aller au-delà de la loi.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

En revanche, s'agissant vraiment **de l'état du marché local**, l'année 2016 est dominée par la jurisprudence autour de l'enseigne Assurtis qui a conçu un concept innovant alliant crédit et assurance. La société Assurtis s'est finalement trouvée assignée par certains de ses franchisés, demandant tous des **dommages et intérêts et non la nullité du contrat,** en raison notamment de l'absence de transmission, par le franchiseur, d'informations sur l'état du marché local. Il est plus fréquent que l'absence de ces documents soit invoquée au soutien d'une demande de nullité, mais dans la série des 10 arrêts rendus dans les affaires Assurtis, les franchisés se sont tous placés sur le terrain de la responsabilité.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Pour six des dix arrêts rendus (Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.700 ; n°14-15.703 ; n°14-15.704 ; n°14-15.706 ; n°14-15.708 ; n°14-15.707) , la Chambre commerciale de la Cour de cassation a partiellement cassé les décisions de la Cour d'appel, considérant que la seule expérience professionnelle des franchisés dans le domaine des assurances **ou** du crédit ne permettait pas, à elle seule, de prouver leur bonne connaissance du marché local pour un concept novateur combinant vente de produits d'assurance **et** de crédit.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Ainsi, elle a cassé un arrêt de Cour d'appel qui avait refusé de condamner un franchiseur à des dommages et intérêts pour ne pas avoir fourni d'état de marché dans un DIP, au motif que l'expérience du franchisé « *de courtier en assurances, développée pendant trente ans dans la région de Bordeaux pour le compte de compagnies d'assurance, lui permettait d'avoir une bonne connaissance du marché local ».* La Cour de cassation lui reproche d'avoir privé sa décision de base légale au regard des articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce en ne précisant pas *«en quoi l'expérience du franchisé, acquise dans le seul secteur de l'assurance, était suffisante pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance…* » (Cass. Com 5 janvier 2016 n° 14-15 708 notamment).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

C'est une cassation pour manque de base légale, qui sanctionne l'insuffisance de la motivation de l'arrêt. Mais quand les Cours d'appel motivent mieux, leurs arrêts échappent à la censure.

Ainsi, dans le même réseau, pour quatre autres franchisés (Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.701 ; n°14-15.702 ; n°14-15.705 ; n°14-15.710), la Cour de cassation a rejeté les pourvois contre les arrêts ayant débouté les distributeurs.

Cela ne fait qu'illustrer la règle selon laquelle l'absence d'informations sur l'état du marché local ne suffit pas, **à elle seule,** pour qu'il y ait un vice du consentement du franchisé.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

D'ailleurs, les arrêts récents déduisent que **l'absence d'informations sur l'état du marché local n'a pas été un élément déterminant du consentement du franchisé**, dans les cas suivants:

- **quand le franchisé a réalisé lui-même une étude de marché** (Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.702 ; n°14-15.705 ; n°14-15.710), en recevant au surplus dans un cas « *les avertissements de (son) avocat concernant la portée des indications portées au DIP, selon lesquelles le franchisé déclarait réaliser lui-même une étude de marché cependant que le franchiseur ne fournissait aucune référence d'activité du fait de la création récente du réseau* » (Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.702) . Dès lors que l'étude de marché est un document bien plus approfondi que l'état du marché, requis par l'article L 330-3 du code de commerce, le franchisé n'avait pas besoin d'être informé sur l'état du marché, puisqu'il faisait une étude de marché.

- ou **quand le franchisé a jugé qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une étude de marché (**Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.701).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Par ailleurs, très justement, la Cour de cassation considère que si le franchiseur a méconnu son obligation d'information précontractuelle, il ne peut voir sa responsabilité réduite, que par la preuve de la faute de gestion de la victime, l'autonomie de la victime dans sa gestion ne suffisant pas à justifier un partage de responsabilités (Cass. Com. 21 juin 2016 n°15-10028). Enfin, cet arrêt reconnaît également, que si le contrat est annulé, celui-ci étant censé n'avoir jamais existé, il ne saurait y avoir d'indemnisation du manque à gagner, étant précisé que les demandeurs n'avaient pas invoqué de préjudice pour perte de chance (même arrêt).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

b) Les comptes prévisionnels

On sait que là encore, le franchiseur n'a pas à faire les comptes prévisionnels du franchisé. C'est à ce dernier de les faire, en s'entourant de ses propres conseils. Il faut donc envisager cette première hypothèse, qui est au demeurant la plus fréquente, avant de voir ce qui se passe quand le franchiseur donne des indications pour établir ces comptes, voir les établit lui-même.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

Dans le cas normal où le franchiseur ne fait pas et ne participe pas à l'élaboration des comptes prévisionnels, la nullité ou la responsabilité du franchiseur est écartée. Ainsi, dans une espèce où seule la responsabilité était invoquée, la Cour de cassation relève « *qu'après avoir retenu, au terme d'une appréciation souveraine et motivée des éléments de preuve,* ***qu'il n'était pas établi que le franchiseur ait participé à la réalisation du compte d'exploitation prévisionnel*** *sur la base duquel le franchisé a envisagé la rentabilité du concept, l'arrêt relève* ***qu'aucun résultat n'a été contractuellement prévu par le franchiseur ni n'a été garanti*** *; qu'il retient que les objectifs de souscription de contrats mentionnés dans la convention ne sont pas des prévisions, faisant ressortir qu'ils ne pouvaient raisonnablement servir de base d'analyse pour apprécier la rentabilité du contrat, et en déduit que* ***rien n'établit que le franchisé ait été conduit à apprécier d'une façon erronée la rentabilité de l'exploitation projetée****, par le fait de la société Assurtis, et qu'il lui appartenait en sa qualité de commerçant indépendant et responsable d'apprécier la valeur économique du projet ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » (Cass. com., 5 janvier 2016 n°14-15.710 idem n°14-15702 etc)

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Quand le franchiseur a donné des indications pour établir les comptes prévisionnels, il ne suffit pas d'établir que le franchisé a eu des résultats inférieurs aux prévisions pour que la nullité soit encourue. **Encore faut-il qu'il prouve également que les informations fournies par le franchiseur** et qui ont servi à établir le compte prévisionnel **étaient erronées** (Cass. Com. 5 janvier 2016 n° 14-11624). Si le compte prévisionnel était erroné sur la base d'informations fiables, il faudrait que le franchisé s'en prenne à son comptable et non à son franchiseur.

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

2. L'information précontractuelle, la responsabilité du franchiseur et les vices du consentement du franchisé

Enfin, **même quand le franchiseur a fait lui-même un compte prévisionnel, parce qu'il s'y était engagé, il ne répondra pas de tous les mauvais résultats du franchisé,** notamment si ces mauvais résultats sont dus à l'arrivée sur le marché d'un nouvel opérateur, dont l'installation n'était pas prévisible au moment du contrat. Ainsi, dans une affaire récente, la Cour de cassation a jugé :

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

« *que l'arrêt constate que, conformément à son engagement contractuel, la société Casapizza a fait réaliser en janvier 2008 une étude contenant des prévisions de résultat d'exploitation inférieures à celles communiquées le 28 novembre 2007 et que ce document a été paraphé et signé par M. et Mme X... et par M. et Mme Y... sous la mention « reçu en main propre le 13 février 2008 » ; qu'il relève que le contrat de franchise, signé le même jour, précise qu'ils se sont fait remettre de multiples informations précontractuelles au sujet desquelles le franchiseur les a incités à prendre avis de leurs conseils ; que l'arrêt retient que le chiffre d'affaires de la société Kairlou a* ***baissé à partir de juin 2009, soit un an après l'ouverture de son restaurant*** *et concomitamment à l'activité concurrentielle de la société Panetière du Rouergue qui* ***n'était pas prévisible lors de la signature du contrat de franchise*** *; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, …a pu déduire que le dol et l'erreur invoqués dans le cadre des informations précontractuelles n'étaient pas établis*» (Cass. Com 21 juin 2016 n°15-10029).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

Donc **on ne peut reprocher au franchiseur de n'avoir pas tenu compte dans son étude de marché de l'arrivée d'un concurrent dans la zone de chalandise, non prévisible au jour de la signature du contrat de franchise** !

En outre, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir signalé qu'un franchisé du réseau avait été mis en liquidation judiciaire au cours de l'année précédant la délivrance du DIP, au motif qu'il n'est pas pour autant exclu du réseau. On peut être un peu plus dubitatif sur ce dernier point.

Certes l'entreprise peut être reprise et continuer son activité au sein du réseau, mais il serait préférable de le préciser, même si la liquidation judiciaire d'un seul distributeur montre plutôt qu'il a été un mauvais gestionnaire et non que le concept est mauvais.

I – FORMATION DU CONTRAT

B. Actualité jurisprudentielle

Autres prétentions reposant sur l'erreur sur la rentabilité

Pour prétendre avoir commis une erreur sur la rentabilité, certains franchisés font parfois feu de tout bois. Ainsi, dans une espèce, le franchisé se fondait notamment sur le fait qu'il n'avait **pas été informé de ce que le gérant de la société franchiseur avait jadis géré une autre société qui avait mise en redressement judiciaire.** La Cour de cassation a écarté cette argumentation au motif qu'il n'était pas démontré en quoi cette information aurait été déterminante de son consentement (Cass. Com. 5 janvier 2016 n° 14-11624).

L'erreur sur la rentabilité du concept peine également à faire son chemin **quand le franchisé dont les résultats sont inférieurs aux prévisions est le seul dans ce cas**. Le résultat bénéficiaire des autres franchisés à la même période est un indice que le défaut de rentabilité de l'exploitation du franchisé est peut-être dû à sa propre gestion (Cass. Com 5 janvier 2016 n° 14-11624).

Il en est de même **quand le franchiseur a mis en garde le franchisé contre certains dysfonctionnements** (Cass. Com 5 janvier 2016 n° 14-11624).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

d) La nullité pour dol

Les manœuvres dolosives, quand elles sont prouvées, entrainent la nullité du contrat de franchise (Cass. 1ère civ. 3 novembre 2016 n° 15-24886 : « *l'arrêt retient* ***qu'en occultant les raisons de l'échec du précédent franchisé*** *ainsi que les répercussions qui en ont découlé sur le secteur au regard de la réputation commerciale de l'enseigne****, en procédant à une présentation erronée du réseau et en opérant une transmission erronée des chiffres prévisionnels,*** *le franchiseur a enfreint son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes au regard du consentement du franchisé et que les informations transmises, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de la société SDAR de tromper le consentement de son cocontractant* ; »).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

L'absence de savoir-faire expérimenté

L'année 2016 est riche en solutions audacieuses, concernant l'absence d'expérimentation du savoir-faire. Ainsi, la Cour de cassation admet qu'un franchisé soit débouté en cas d'absence d'expérimentation du concept, parce qu'il en a été informé.

Dans une espèce, elle relève « *qu'ayant relevé, sans être contredite, que M. X... avait été informé du caractère innovant du concept et constaté que le DIP mentionnait que la date de création de la société Assurtis était concomitante à celle du réseau et précisait le domaine dans lequel chacune des deux sociétés fondatrices avait développé son expertise, ce dont il se déduisait que l'expérience acquise par ces dernières ne portait pas sur le concept innovant associant l'assurance et le crédit, l'arrêt retient* ***que le franchisé a été informé de l'absence d'exploitation préalable du concept*** ***;*** *qu'en cet état, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la cinquième branche, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer davantage sur les éléments de preuve qu'elle retenait, a légalement justifié sa décision* ; » (Cass. Com. 5 janvier 2016 n°14-15.710).

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

Mais cet arrêt n'est pas isolé. Le même jour, la haute juridiction a décidé « *qu'ayant relevé que le DIP mentionnait que la société Assurtis ne pouvait communiquer au franchisé aucun résultat chiffré du fait de sa création récente et précisait le domaine dans lequel chacune des deux sociétés fondatrices avait développé son expertise, ce dont il se déduisait que l'expérience acquise par ces dernières ne portait pas sur le concept innovant associant l'assurance et le crédit,* ***l'arrêt retient que le franchisé a été informé de l'absence d'exploitation préalable du concept*** *; qu'en cet état, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la quatrième branche, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer davantage sur les éléments de preuve qu'elle retenait, a légalement justifié sa décision* » (Cass. Com. 5 janvier 2016 N°14-15702).

Notons toutefois que **l'argumentation du franchisé portait sur l'existence d'un vice du consentement et non sur l'absence de savoir-faire expérimenté.**

I – FORMATION DU CONTRAT
B. Actualité jurisprudentielle

CA Paris 7 décembre 2016 RG 14/09212 (ALPHYR c/ PFC RH)

Absence de nécessité d'une expérimentation spécifique du savoir-faire du franchiseur développant un réseau bis.

II – EXECUTION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Il n'y a pas vraiment de modification à attendre de la réforme des contrats à cet égard, et nous focaliserons notre attention sur la jurisprudence de la Cour de cassation, peu abondante sur l'exécution du contrat de franchise.

L'appréciation de la gravité de la faute justifiant une résolution aux torts d'un des contractants continue d'être soumise au pouvoir souverain des juges du fond.

II – EXECUTION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Dans plusieurs arrêts Assurtis, les franchisés demandaient la résolution du contrat aux torts du franchiseur, au motif que le comparateur-auto présenté comme une élément essentiel avait été supprimé par le franchiseur. Les franchisés sont déboutés de leur demande au motif « *qu'après avoir relevé que le comparateur-auto présenté par le franchisé comme la « principale plus-value » de son cabinet avait pris une part importante dans l'argumentaire développé par le franchiseur, l'arrêt retient que* ***le franchisé ne justifie toutefois pas que ses résultats aient souffert de sa suppression en octobre 2007 et constate qu'il ne s'est déclaré surpris de sa disparition qu'en mars 2009, soit un an et demi plus tard ;*** *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que le comparateur-auto n'avait pas constitué un élément essentiel de la franchise, de sorte que sa suppression aurait caractérisé un manquement contractuel d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du franchiseur, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » (Cass. Com 5 janvier 2016 n°14-15702 ; même date n° 14-15704).

II – EXECUTION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Plus intéressante semble être une décision concernant **les efforts à attendre d'un franchiseur pour maintenir une enseigne.**

Le franchiseur titulaire de la marque Epil Center , a créé un nouveau réseau Esthétic center , cette nouvelle enseigne étant proposée aux franchisés du réseau Epil Center. Certains de ces franchisés Epil Center se sont plaints car la plupart des franchisés ont quitté cette enseigne pour rejoindre le nouveau réseau Esthétic Center.

II – EXECUTION DU CONTRAT DE FRANCHISE

La faute du franchiseur n'est cependant pas retenue , au motif qu' «*après avoir relevé que l'adoption de la **nouvelle enseigne** devait entraîner une progression du chiffre d'affaires des instituts par l'extension des prestations proposées en réponse à l'évolution des besoins de la clientèle, que la nouvelle enseigne était **proposée aux franchisés dans des conditions raisonnables de délai, sans investissements lourds et sans modification ni du contenu ni de l'objet du contrat initial**, puis retenu **que le franchiseur, qui avait maintenu la promotion de ses deux enseignes** et fait des annonces publicitaires en les associant, et sans délaisser l'exploitation de la marque Epil Center, la cour d'appel n'a pas méconnu les conséquences légales de ses constatations en retenant que le franchiseur n'avait pas manqué à ses obligations* ; » (Cass. Com. 19 janvier 2016 n°14-16272).

Le franchiseur n'est heureusement pas tenu à l'immobilisme !

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

L'actualité législative sera envisagée avant l'actualité jurisprudentielle.

La réforme des contrats fait entrer la caducité dans le code civil. L'article 1186 du code civil dispose en effet qu' « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.*

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. …

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

Le deuxième cas de caducité (alinéa 2) fait inéluctablement penser à la loi Macron du 6 août 2015.

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

- **Article L. 341-1 du C. com.**
- L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une **échéance commune.**
- **La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats** mentionnés au premier alinéa du présent article.
- **Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail, dont la durée est régie par l'article L. 145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative**.

Gouache
LES AVOCATS DE LA DISTRIBUTION

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Le texte du code civil pourrait même être plus draconien que la loi Macron, et atteindre les contrats faisant exception, dans la loi Macron à l'échéance ou la résiliation commune (bail commercial, association, coopérative, société).

Mais, à cet égard, on peut se demander si la loi Macron n'est pas un texte spécial, qui dès lors déroge au texte général de l'article 1186 du code civil.

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

S'agissant de **la résolution pour inexécution**, trois remarques doivent être faites :

-d'une part, **la résolution par notification unilatérale, admise dans le droit antérieur, est actée** (article 1224 du code civil). Mais l'article 1226 ajoute que le créancier doit **donner une dernière chance d'exécuter à son débiteur** : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. …* »

-d'autre part, **la clause résolutoire « balai » ou « attrape-tout », rédigée en termes généraux, a probablement vécu**. En effet, l'article 1226 nouveau du code prévoit que « *La clause résolutoire **précise** les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat….* ». Il semble donc nécessaire de préciser les obligations dont l'inexécution entrainera le jeu de la clause de résolutoire.

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Et le risque existe, si les autres conditions sont remplies, **qu'une clause résolutoire pour l'inexécution d'obligations très secondaires ne soit jugée entachée d'un déséquilibre significatif.** Il est donc préférable de prévoir une clause résolutoire dans laquelle seront listée les obligations importantes dont l'inexécution entraine la résolution.

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

La résiliation amiable du contrat de franchise a été privilégiée semble-t-il pendant la période examinée.

Mais **les parties ne doivent pas décider de la résiliation amiable du contrat de franchise, quand le franchisé est déjà en cessation des paiements du franchisé.**

Dans une espèce, où la résiliation amiable a été conclue après la cessation des paiements du franchisé, le liquidateur a agi en nullité de droit de cette convention de résiliation amiable du contrat, qu'il considérait être un contrat commutatif déséquilibré conclu en période suspecte (art. L 632-1 I 2° c. com).

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

La question était de savoir s'il était soumis à la clause compromissoire insérée à la convention de résiliation amiable. La Cour de cassation répond qu'il n'en est rien, car le liquidateur a une action propre, il « *ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers de sorte qu'une clause compromissoire stipulée à l'acte litigieux est* ***manifestement inapplicable au litige*** » (Cass. Com. 17 nov. 2015 n° 14-16012).

C'est ce qui explique que l'on écarte ici le principe compétence-compétence, qui laisse normalement les arbitres statuer sur leur propre compétence.

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Dans une autre affaire, on se rend compte que **si l'on fait une résiliation amiable, il est préférable de faire une transaction.**

En effet, dans cette espèce, il a été jugé qu'à défaut de stipulation en sens contraire, « ***la résiliation amiable*** *du contrat, qui ne valait pas renonciation de la société Enzo 131 à l'action en responsabilité qu'elle pouvait engager contre la société Mexx,* ***n'interdisait pas au franchisé d'obtenir réparation du préjudice résultant de manquements commis antérieurement par le franchiseur*** » (Cass. Com. 24 mai 2016 n° 14-24709).

Si la résiliation amiable avait été transactionnelle, et avait visé tous les litiges nés du contrat, il n'eût pas été possible au franchisé d'agir en responsabilité contractuelle après cette résiliation amiable.

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Les restitutions après extinction posent toujours des difficultés.
Les contrats de franchise contiennent tous une clause obligeant le franchisé à restituer ou en tout état de cause à cesser d'utiliser les signes de ralliement de la clientèle attachés au réseau de franchise. Mais cette clause protège-t-elle vraiment quand le franchisé est en procédure collective ?

III – CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FRANCHISE

A- ACTUALITE LEGISLATIVE : LA REFORME DES CONTRATS ET LA CESSATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Rien n’est moins sûr car la Cour de cassation décide que « ***la créance de réparation du préjudice invoqué par un franchiseur*** *reprochant à un ancien franchisé de continuer à utiliser, malgré la rupture du contrat liant les parties, « les signes de ralliement de la clientèle attachés au réseau de franchise »,* ***n'est pas****, lorsque ces faits ont eu lieu après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de l'ancien franchisé,* ***une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure collective*** *ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, au sens de l'article L. 622-17, I, 1° du code de commerce* » (Cass. Com. 20 septembre 2016 n° 15-12724). En conséquence, le franchiseur sera un simple créancier chirographaire et ses chances d’être payées seront très minces.

IV –FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

Le droit de la franchise subit l'influence de plusieurs dispositions du droit du travail. Si les requalifications de contrats de franchise en contrats de travail sont rares, celles appliquant le statut protecteur du droit du travail à des franchisés sur le fondement de l'article L. 7321-2 du Code du travail sont légion (A). Mais il faudra aussi maintenant tenir compte des innovations de la loi dite El Khomri du 8 août 2016 (B).

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

A- ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE L 7321-2 DU CODE DU TRAVAIL

L'application du droit du travail aux franchisés sur le fondement de l'article L. 7321-2 du Code du travail, requiert, on le sait, la réunion de trois conditions cumulatives :

(i) la revente à des prix ou conditions fixées par le fournisseur ;

(ii) un fournisseur exclusif quasi exclusif de produits ;

(iii) la revente s'effectuant depuis un local fourni ou agrée par le fournisseur

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

A- ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE L 7321-2 DU CODE DU TRAVAIL

Dans une affaire concernant la société Yves Rocher, étaient mis en exergue **les rapports entre le droit européen de la concurrence et cette application du droit du travail fondée sur l'article L7321-2 du code du travail.**

La société Yves Rocher soutenait en effet qu'elle se bornait à fixer des prix maximaux en cas de campagne promotionnelle et, pour les autres cas, à indiquer dans le logiciel de gestion des «prix conseillés » que le distributeur est totalement libre de modifier par une simple manipulation informatique ce que confirmait l'analyse à laquelle avait procédé le Conseil de la concurrence dans sa décision du 6 juillet 1999.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

A- ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE L 7321-2 DU CODE DU TRAVAIL

Elle en déduisait qu'en refusant d'examiner ces pratiques particulières, propres au réseau de distribution, et en affirmant sans discernement que l'exploitante franchisée n'avait pas la liberté de fixer les prix de vente des marchandises de telle sorte que Mme X... pouvait revendiquer l'application du code du travail, **la cour d'appel avait privé la société Yves Rocher de la faculté d'exercer normalement son activité en pratiquant seulement des « prix maxima » ou des « prix conseillés »** dans un réseau constitué par des entreprises intervenant à un niveau différent, en conformité avec le droit européen, dont elle aurait violé les principes de primauté, d'effet direct, d'effectivité et de confiance légitime.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

A- ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE L 7321-2 DU CODE DU TRAVAIL

Il faut avouer que pour un opérateur, il n'est pas très cohérent que d'un côté le droit de la concurrence lui dise qu'il peut avoir un **réseau de revendeurs indépendants** avec des prix maxima et des prix conseillés, et que d'un autre côté, on lui dise que ces prix peuvent faire de son revendeur un gérant de succursale bénéficiant du **droit du travail**.

Mais cette **argumentation est balayée par la Cour de cassation** au motif que « *la circonstance que les pratiques de prix mises en oeuvre par la société Yves Rocher dans ses rapports avec ses distributeurs échapperaient, en vertu de règlements communautaires d'exemption, à la prohibition des ententes entre entreprises découlant des articles 81 et 82 du traité CE* ***étant dépourvue de lien avec la prise en considération, au titre des dispositions de l'article L. 7321-2, 2° du code du travail, qui permettent à des gérants de succursales de se prévaloir à l'égard de la société-mère de l'application de dispositions de ce code, de l'existence de prix imposés aux gérants de ses succursales par la société Yves Rocher*** *sans qu'il en résulte la moindre prohibition de cette pratique qu'elle met ainsi en oeuvre ;* » (Cass. Com. 14 avril 2016 n°14-21881).

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Parmi les relations du droit du travail et de la franchise, il faut aussi citer en 2016, la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels , dite loi « El Khomri » ou loi Travail. L'article 64 de cette loi consacre l'existence d'une nouvelle institution représentative du personnel dans notre droit du travail (sur cet article, cf http://www.gouache.fr/articles/Articles/La-vie-du-franchiseur/Creer-ameliorer-developper-defendre-votre-reseau-de-distribution/Franchise-et-droit-social/avocat-LOI-TRAVAIL-RESEAUX-DE-FRANCHISE-ET-INSTANCE-DE-DIALOGUE-SOCIAL). Cinq questions pratiques se posent à propos de cette nouvelle contrainte légale.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

1) Quels sont les réseaux concernés ?

Aux termes de l'article 64 I de la loi du 8 août 2016, il est créé dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L 330-3 du Code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau.

La **mise en place d'une instance de dialogue social** suppose donc la réunion de **trois conditions cumulatives**.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Premièrement, le réseau d'exploitants doit être composé d'au moins trois cent salariés en France, ce qui signifie que seuls les salariés employés par les franchisés exerçant leurs fonctions sur le territoire français doivent être comptabilisés, à l'exclusion des salariés de franchisés ou master franchisés étrangers. Il ne semble pas que les salariés du franchiseur doivent être comptabilisés. En effet, si l'on se réfère aux débats parlementaires, la finalité de la nouvelle disposition vise l'amélioration de la situation de l'emploi au sein des entreprises franchisées indépendantes. A défaut de précision quant au sort de l'instance pour le cas où l'effectif des salariés concernés passerait sous le seuil des trois cent salariés, la prudence invite à envisager une telle hypothèse dans l'accord mettant en place l'instance.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Deuxièmement, le législateur a entendu limiter l'application de la nouvelle disposition aux seuls salariés des entreprises appartenant au même réseau et liées par un contrat de franchise, mentionné à l'article L. 330-1 du Code de commerce. Ainsi, l'exigence de mise en place d'une instance de dialogue social au sein d'un réseau n'est pas applicable si ce dernier est organisé en licence, concession ou sous tout contrat non susceptible de recevoir la qualification de contrat de franchise, laquelle suppose la mise à disposition de signes distinctifs, d'un savoir-faire éprouvé, identifié, secret et substantiel, et d'une assistance à l'exploitation de ce savoir-faire. Aussi, en présence d'un réseau mixte au sein duquel cohabitent par exemple des franchisés et des concessionnaires, les salariés des concessionnaires travaillant en France ne seront pas pris en compte pour le calcul du seuil des trois cent salariés. Par ailleurs, la référence à l'article L. 330-1 du Code de commerce signifie que l'exigence ne saurait s'appliquer lorsque le contrat de franchise ne contient aucun engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité à l'égard du franchiseur.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Troisièmement, le dispositif n'est applicable que si le contrat de franchise comporte des clauses ayant un effet (et non forcément pour objet) à la fois sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées. En pratique, les contrats de franchise ne contiennent pas de clauses ayant directement trait à l'organisation du travail et les conditions de travail des salariés des franchisés. En effet, le franchiseur prend en compte l'indépendance de ses franchisés et les laisse libres de définir l'organisation et les conditions de travail. Toutefois, si le juge retient une interprétation large de la notion de clauses ayant directement trait à l'organisation du travail et les conditions de travail des salariés des franchisés, celles générales, imposant le respect du savoir-faire impactent nécessairement l'organisation et les conditions de travail sont présentes dans tous les contrats de franchise : matériels à utiliser, définitions de postes, usage de tenues propres à l'enseigne et propreté de celles-ci par exemple s'imposent en principe via le manuel opératoire. Il faudra donc voir si le juge retient cette interprétation.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

2) Comment l'instance de dialogue social est-elle mise en place ?

La mise en place d'une instance de dialogue social est subordonnée à la **demande d'une organisation syndicale représentative de salariés au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau.**
Si les conditions visées ci-dessus sont bien réunies, le franchiseur doit alors engager une négociation visant précisément à mettre en place l'instance. Il est à noter qu'un décret fixera le délai dans lequel cette négociation doit être engagée.
À ce stade, le législateur n'a précisé ni les parties à la négociation ni les signataires de l'accord (qui aura qualité pour signer un tel accord, du côté des représentants des salariés notamment ?). Les précisions devraient être apportées par décret.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Pour autant, selon le Conseil constitutionnel, **les entreprises franchisées doivent participer à cette négociation** (Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016). Une négociation avec tous les franchisés sera néanmoins le plus souvent difficile à imaginer en pratique, de sorte qu'il serait probablement approprié que ceux-ci désignent leurs propres représentants pour conduire les discussions en leur nom.

À cet égard, le pouvoir réglementaire pourrait reprendre les délais prévus dans le projet de loi initial : ouverture de la négociation dans les 15 jours de la demande et conclusion dans les trois mois… Ces délais peuvent sembler relativement brefs au vu de la complexité prévisible de la négociation. C'est pourquoi il pourrait être judicieux d'anticiper la représentation des entreprises franchisées. En effet, à défaut d'accord au terme du délai accordé par le décret à venir, l'obligation de mise en place conformément aux dispositions réglementaires interdira de déroger à certaines modalités qui risquent d'être très contraignantes (modalités de désignation des représentants des salariés notamment).

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

L’accord mettant en place l’instance (dont on ne sait d’ailleurs à peu près rien quant à l’exacte qualification juridique !) est appelé à fixer sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation. Les négociateurs seraient pas ailleurs bien inspirés d’y inclure une clause prévoyant la disparition de l’instance en cas de baisse des effectifs du réseau en dessous de 300 salariés.
À défaut d'accord, le nombre de réunions de l'instance est fixé à deux par an ; un décret déterminera les autres caractéristiques de l’instance, sachant que le pouvoir réglementaire ne pourra pas prévoir l’octroi d’heures de délégation pour l’exercice de leur mission par les membres de l’instance. Ces derniers, s’ils ne disposent pas d’un crédit d’heures au titre d’un autre mandat, n’auront donc aucune heure de délégation spécifique.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Quelle est la composition de l'instance de dialogue social ?

La loi du 8 août 2016 précise que l'instance de dialogue social comprend des représentants des salariés et des franchisés et qu'elle est présidée par le franchiseur.

S'agissant de la désignation des représentants des salariés, objet de la négociation précitée, il serait sans doute opportun de prévoir une désignation directe par les organisations syndicales représentatives au sein du réseau et d'éviter ainsi un processus électoral particulièrement lourd (que le pouvoir réglementaire pourrait bien retenir, à défaut d'accord, à l'image de ce qui était prévu dans le projet de loi initial qui retenait que *« les modalités d'élections des membres représentant les salariés sont identiques à celles applicables au comité d'entreprise […] et appréciées au niveau de l'ensemble des entreprises du réseau »*…).

À noter que la protection des membres de l'instance contre le licenciement et la rupture anticipée de leur contrat à durée déterminée, initialement prévue par le projet de loi, a été abandonnée dans le texte adopté au final.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Quels moyens, quel fonctionnement et quelles attributions pour l'instance de dialogue social ?

Au titre des moyens, il est prévu que les **membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions.** Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord.

À ce titre, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, dont la portée ne peut qu'être limitée en raison de l'absence de communauté de travail existant entre les salariés de différents franchisés, **les dispositions de la loi qui imputaient l'intégralité des dépenses et des frais au seul franchiseur à l'exclusion des employeurs franchisés ont été jugées contraires à la Constitution** (Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016). À défaut d'accord, et en l'absence de toute disposition supplétive, on imagine les difficultés pratiques susceptibles de naître s'agissant de la prise en charge des dépenses de fonctionnement de l'instance. Trouver un terrain d'entente sur ce point est donc crucial.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Par ailleurs, il appartiendra à l'instance d'adopter, lors de sa première réunion, un **règlement intérieur** déterminant ses modalités de fonctionnement.

Quant aux attributions de l'instance, celles-ci apparaissent finalement particulièrement limitées. En effet, l'instance est seulement informée des décisions du franchiseur (et non consultée préalablement à celles-ci, ce en quoi l'instance de dialogue social se différencie fondamentalement du comité d'entreprise) de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés (décisions relatives par exemple aux tenues de travail imposées, aux horaires d'ouverture, à certaines incitations à la vente qui permettent une rémunération différenciée).

Elle est également informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

L'instance formule enfin, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires.

En revanche, comme l'a retenu le Conseil constitutionnel, elle ne participe pas par elle-même à la détermination des conditions de travail des salariés, qui relève de l'employeur et des instances représentatives du personnel propres à chaque entreprise franchisée (DP, CE…), lesquelles conservent donc l'intégralité de leurs prérogatives (Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016).

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Quand les dispositions relatives à l'instance de dialogue social entreront-elles en vigueur ?

La loi du 8 août 2016 est muette s'agissant de l'entrée en vigueur de ses dispositions relatives à la création de l'instance de dialogue social, étant précisé qu'après son adoption définitive par le Parlement le 21 juillet, elle a été promulguée et publiée au Journal officiel du mardi 9 août.
Si par principe les lois entrent en vigueur, sur tout le territoire, le jour qu'elles fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication au (art. 1 du Code civil), la date d'entrée en vigueur des dispositions de lois nécessitant des mesures d'application coïncide avec celle de ces mesures. Or, précisément, l'article 64 de la loi dispose qu'un décret en Conseil d'État fixera ses conditions d'application, en particulier le délai dans lequel le franchiseur engage la négociation.

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

À cet égard, selon l'échéancier de mise en application de la loi Travail mis à jour en date du 8 novembre 2016, la publication de deux décrets est toujours envisagée en décembre 2016, le premier pour déterminer les *« caractéristiques de l'instance de dialogue social »* et le second pour fixer les *« conditions d'application du I [de l'article 64 de la loi], notamment le délai dans lequel le franchiseur engage la négociation visant à la mise en place de l'instance de dialogue pour les réseaux de franchises »*.

Dans l'attente, la demande d'une organisation syndicale visant à mettre en place une instance de dialogue social au sein d'un réseau de franchise serait sans objet.

Ultérieurement, une telle demande présentera en revanche un caractère impératif et tenter de s'y opposer exposerait à une saisine du TGI susceptible d'enjoindre de mettre en place l'instance (juge de droit commun, le TGI sera également compétent pour trancher toute difficulté liée au fonctionnement de l'instance, le cas échéant en référé, notamment en cas de litige portant sur la communication des informations dues à l'instance ou encore les réponses aux propositions formulées par celle-ci).

IV – FRANCHISE ET DROIT DU TRAVAIL

B- INNOVATION DE LA LOI EL KHOMRI EN MATIERE DE FRANCHISE

Par contre, un éventuel délit d'entrave spécifique à l'instance de dialogue social ne devrait pas pouvoir être relevé à défaut de texte en ce sens. Reste éventuellement l'entrave à l'exercice du droit syndical en général, lequel poserait cependant question au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui ne prévoit rien à ce stade

À noter pour finir que le paragraphe II de l'article 64 prévoit que les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles des branches concernées devront établir un bilan de la mise en œuvre des dispositions de l'article 64 et le transmettre à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard 18 mois après la promulgation de la loi (soit début 2018).

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

La franchise n’est épargnée, ni par le risque de rupture brutale des relations commerciales établies (A), ni par le risque déséquilibre significatif (B). Mais les arrêts de la Cour de cassation concernent davantage les fournisseurs du réseau de franchise, que les rapports du franchiseur et du franchisé. En revanche une enquête remarquée de la DGCCRF concernera les rapports franchiseur-franchisé dans la restauration rapide.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

A- LA RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

Une affaire Planet Sushi concerne moins le contrat de franchise lui-même que les relations du réseau de franchise avec un de ses prestataires de services.

Le franchiseur Planet Sushi est entré en relation, en 2008, avec une société BOV, celle-ci intervenant en qualité de prestataire de services en charge du suivi des fournisseurs, des livraisons et des paiements. Le franchiseur a donné des instructions, le 22 février 2011, à tout le réseau (succursales et franchisés) aux fins que cessent les commandes auprès de la société BOV et a informé les fournisseurs que «Planet Sushi » ne travaillait plus avec cette société. A partir de cette date, les restaurants « Planet Sushi » n'ont plus passé aucune commande auprès de la société BOV, qui a été mise en liquidation judiciaire.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

A- LA RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

La Cour de cassation va rejeter le pourvoi en cassation du groupe Planet Sushi condamné pour rupture brutale des relations commerciales établies, ce qui n'étonne pas, compte tenu du fait qu'il semble qu'il n'y ait eu aucun préavis écrit (Cass. Com. 5 juillet 2016 n° 14-27030).

Mais, dans un réseau de franchise, ce sont les franchisés qui passent des commandes aux fournisseurs, et ce sont eux également qui cessent leurs relations commerciales. Il en résulte un **doute sur l'auteur de la rupture des relations commerciales établies quand elle vise un fournisseur du réseau**.

Mais, en l'espèce, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la **responsabilité du franchiseur, au motif que « *les filiales et les franchisés n'avaient disposé d'aucune autonomie dans la décision de nouer des relations commerciales avec la société BOV puis dans celle de les rompre* ».**

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

A- LA RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

Dès lors, si un franchisé cesse de son propre chef, de s'approvisionner auprès d'un fournisseur référencé par le franchiseur, il est l'auteur de l'éventuelle rupture brutale des relations commerciales établies avec ce fournisseur.

Mais si le franchiseur déréférence brutalement le fournisseur et interdit aux franchisés de s'approvisionner auprès de lui, c'est le franchiseur qui est l'auteur de la rupture brutale des relations commerciales établies avec ce fournisseur.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

On signalera en matière de franchise de grande distribution alimentaire l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 octobre 2016 (n° 14-28013), décidant que « *l'article L. 442-6, I, 2° (du code de commerce) prohibant tant le fait de soumettre que celui de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ce texte peut s'appliquer à un* ***contrat-type*** *proposé à des fournisseurs* ».

Est ainsi visé un contrat pré-rédigé par l'enseigne, identique pour tous les fournisseurs. L'arrêt Provera du 3 mars 2015 avait déjà admis que ce texte s'appliquait à des contrats d'adhésion, que les fournisseurs n'avaient pas pu négocier librement (14-10907).

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

L'arrêt est également intéressant en ce qu'il relève « *qu'étant saisie de la licéité de clauses de la convention de partenariat proposée à tous les fournisseurs en 2009 et les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;* »

Il y aurait donc des secteurs dont la structure suffirait pour que soit établie la soumission ou la tentative de soumission, sauf à alléguer et à prouver que le fournisseur est puissant, qu'il a un nombre important de références, ou qu'il est incontournable.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

Très intéressante également en matière de déséquilibre significatif, est l'enquête réalisée par la DGCCRF dans le secteur de la restauration rapide. Les résultats de l'enquête publiés le 8 mars 2016 sur le site de la DGCCRF (http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-commerciales-dans-restauration-rapide-et-a-theme-sous-franchise) montrent que pour les enquêteurs, certains contrats imposent au franchisé le paiement d'une redevance ou d'un nouveau droit d'entrée sans contrepartie suffisante.

Ainsi, la DGCCRF a identifié des clauses imposant le paiement d'une redevance de communication pour assurer la promotion du réseau, ou d'une redevance permanente pour bénéficier de l'assistance du franchiseur, pour lesquels **le service prévu en contrepartie ne serait pas toujours suffisant**. De même, elle a estimé que le montant du droit de renouvellement du contrat de franchise – parfois identique au premier droit d'entrée – apparaît comme disproportionné, au détriment du franchisé.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

On voit là que **la DGCCRF s'attaque au montant du prix des services** (peut-être davantage sur le fondement de l'article L 442-6 I 1° du code de commerce).

Par ailleurs, la DGGCCRF a relevé de nombreuses clauses qu'elle estime être entachées d' un déséquilibre significatif entre les parties, comme:

- des clauses prévoyant que le seul contrat rédigé en langue anglaise fera foi,
- que le franchiseur pourra le modifier unilatéralement,
- ou encore qu'il pourra seul le résilier de manière anticipée,
- ou encore que le franchisé perd son droit d'entrée (versé préalablement) en cas d'échec à l'examen durant la formation,
- qu'il ouvre au franchiseur un accès illimité et sans réserve à ses données informatiques,
- qu'il doit s'acquitter de pénalités disproportionnées s'il ne respecte pas ses obligations, etc.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

La DGCCRF a également dénoncé le fait que certains franchiseurs imposent à leurs franchisés des clauses de non-concurrence tout en favorisant l'implantation de nouveaux franchisés sur le même territoire.
Dans la gestion de leur fonds de commerce notamment, certaines clauses sont enfin de nature à constituer une atteinte injustifiée au droit de propriété, selon la DGCCRF.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

Suite à cette enquête, celle-ci a formulé cinq avertissements, rédigé deux projets d'assignation, et deux projets d'injonction pour modifier les clauses incriminées dans les contrats.

Même s'il ne s'agit que d'une enquête administrative, dont les résultats n'ont pas (encore) donné lieu à des décisions judiciaires, cela montre que les franchiseurs sont obligés désormais de faire la chasse au déséquilibre significatif dans leurs contrats, s'ils veulent éviter les désagréments d'une enquête de la DGCCRF et les risques de condamnation.

V – FRANCHISE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

B- LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

L'amende civile a d'ailleurs été encore augmentée au terme de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016.

Désormais, « *le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander … le prononcé d'une amende civile* ***dont le montant ne peut être supérieur à 5 millions d'euros.*** *Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre….* ».

Trois plafonds sont donc prévus, par ce texte fort mal rédigé, après de trop nombreuses retouches législatives : **5 millions d'euros, 3 fois le montant des profits indus, ou 5% du chiffre d'affaires France de l'auteur des pratiques.**

VI – LOI SAPIN 2

On peut signaler **d'autre dispositions de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016,** même si cela dépasse un peu le cadre de la franchise stricto sensu.

-Dispositions sur la durée de la convention unique

L'article L 441-7 du code de commerce sur la convention unique est modifié en ce sens:

« *La convention écrite est conclue pour une* ***durée d'un an, de deux ans ou de trois ans****, au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.* ***Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, elle doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.*** *Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.* »

(même évolution pour la convention grossiste: art. L 441-7-1 c.com.)

VI - LOI SAPIN 2

Difficultés à prévoir

- Pour l'instant, la pratique ne semble pas vouloir se précipiter sur une convention biannuelle ou triannuelle, à cause de la difficulté relative à la fixation du prix pour une durée aussi longue.
- L'indexation ne permet pas de prévoir tout ce qui pourrait se passer pendant les 2 ou 3 ans qui seraient choisis.
- Et l'on ne peut choisir à son gré un indice. En effet, la loi Sapin 2 ajoute (encore) un cas de pratique abusive, à ce titre, à l'article L 442-6 c.com.:
- « *7° D'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa du I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, **par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention ;*** ».

Gouache.
LES AVOCATS DE LA DISTRIBUTION

VI - LOI SAPIN 2

- **-Autres modifications concernant l'article L 442-6 c.com** (ajouts en rose)
- *« I. - Engage la responsabilité de son auteur,.. Le fait:*
- *1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation* ***ou de promotion*** *commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat* ***ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs.*** *Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;.. »*

VI - LOI SAPIN 2

- En plus de ce qui a été dit, ajout d'un autre abus:
- « *13° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de* ***force majeure****.* »

- **-Rapport prévu dans un an sur l'article L 441-8 c.com**.
- « Article 108 (de la loi Sapin 2)

- *Dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur l'évaluation de l'article L. 441-8 du code de commerce et émet* ***des recommandations visant à le faire appliquer.*** »

VI - LOI SAPIN 2

- **Plafonnement des NIP en matière agricole**
- « *Après le huitième alinéa du I de l'article L. 441-7 du code de commerce, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :*
- *« Pour les produits agricoles mentionnés à l'article L. 441-2-1, le lait et les produits laitiers,* ***ces avantages ne peuvent dépasser 30 %*** *de la valeur du barème des prix unitaires, frais de gestion compris.* »

- (NIP= quand le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services, dans le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de services)

www.gouache.fr

Pour contacter Jean-Baptiste Gouache:
jbg@gouache.fr
Tél : 01 45 74 75 92
Paris : 4, rue Dufrénoy - 75116 PARIS