



**ACADÉMIE DE PARIS**  
**UNIVERSITÉ PARIS I - PANTHEON SORBONNE**  
**FACULTÉ DE DROIT**

**Transmission du savoir faire et contrat de franchise**

**Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit**

**Spécialité : Droit commercial international**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur :**

**M. Philippe DELEBECQUE**

**Présentée et soutenue publiquement le 11 février 2013**

**Par**

**Khamis AL MUHAIRI**

**JURY**

**Monsieur Philippe DELEBECQUE** : Professeur à l'Université de Paris I- Panthéon-Sorbonne, (**Directeur de recherche**)

**Monsieur George KHAIRALLAH** : Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), (**Rapporteur**).

**Monsieur Frédéric-Jérôme PANSIER** : Magistrat, Chargé d'enseignement à l'Université de Paris I – Panthéon – Sorbonne, (**Membre du jury**)

**Monsieur Marius TCHENDJOU** : Maître de conférences à l'URCA, (**Rapporteur**)

## **DÉDICACE**

À mes parents,

À tous les membres de ma famille

Et

Plus spécialement à mon fils Sultan

## **REMERCIEMENTS**

J'exprime mes plus profonds et sincères remerciements à mon Professeur Monsieur Philippe DELEBECQUE pour l'aide précieuse qu'il m'a apportée. Son œil critique m'a été très précieux pour bien structurer les différentes parties de cette Thèse. Je tiens à lui exprimer toute ma reconnaissance pour sa grande disponibilité, ses précieux conseils qui m'ont permis d'achever ce travail dans les meilleures conditions.

Mes remerciements les plus profonds vont également à tous les Professeurs qui m'ont fait l'honneur d'accepter de participer à ce jury. Qu'ils soient tous assurés de toute mon estime et de toute ma plus profonde gratitude.

Je voudrais remercier enfin tous mes amis qui m'ont encouragé à finir ce travail par des gestes d'amitié dont je suis très reconnaissant. Je ne citerai pas de noms pour ne pas en oublier certains.

L'Université Panthéon – Sorbonne (Paris I) Droit –Economie – sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

# **SOMMAIRE**

## **INTRODUCTION GÉNÉRALE**

### **CHAPITRE PRÉLIMINAIRE**

Section I- Les différentes types de franchises selon leurs objets et leurs secteurs d'activité.

Section II- Les différentes types de franchises selon leurs formes organisationnelles.

## **PREMIERE PARTIE : LA DÉLIMITATION DU CONTRAT DE FRANCHISE ET LA NOTION DU SAVOIR FAIRE**

### **Chapitre I : La délimitation et la formation du contrat de franchise.**

Section I : La définition et les caractères du contrat de franchise.

Section II : Contrat de franchise et contrats voisins

Section III : Contrat de franchise et contrat de travail.

Section IV : La formation du contrat de franchise.

Conclusion du 1<sup>er</sup> Chapitre

### **CHAPITRE II - La délimitation de la notion du savoir faire.**

Section I- L'appréhension de la notion du savoir faire.

Section II- Les caractéristiques, le renouvellement et la protection du savoir faire.

Conclusion du 2<sup>ème</sup> Chapitre

### **Conclusion de la Première Partie**

## **DEUXIEME PARTIE – L'EXÉCUTION ET L'EXTINCTION DU CONTRAT DE FRANCHISE**

### **CHAPITRE I - Les obligations du franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise.**

Section I - Les principales obligations du franchiseur.

Section II - Les autres obligations du franchiseur relatives à l'approvisionnement et à l'exclusivité territoriale.

Conclusion du 1<sup>er</sup> chapitre

## **CHAPITRE II - Les obligations du franchisé et l'extinction du contrat de franchise.**

Section I - Les obligations financières et les obligations découlant du transfert du savoir faire

Section II - L'extinction du contrat de franchise.

Conclusion du 2<sup>ème</sup> chapitre

**Conclusion de la Deuxième Partie**

**Conclusion Générale**

**ANNEXES**

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

<b>ADPIC</b>	Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce sur les droits de propriété intellectuelle touchant le commerce.
<b>Aff.</b>	Affaire.
<b>Al.</b>	Alinéa.
<b>AN</b>	Acte Normatif
<b>Art.</b>	Article(s).
<b>Art. préc.</b>	Article précédent.
<b>Art. cit.</b>	Article cité.
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch, ou le Code civil allemand.
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof ou la Cour fédérale Allemande.
<b>BICC</b>	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
<b>Bull.</b>	Bulletin.
<b>Bull. civ.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile.
<b>Bull. Joly.</b>	Bulletin Joly.
<b>C.</b>	Code.
<b>c.</b>	Contre.
<b>C. cass.</b>	Cour de cassation.
<b>Cass. Ass. plén.</b>	Cour de cassation, Assemblée plénière
<b>Cass. Ch. mixte</b>	Cour de cassation, Chambre mixte
<b>Cass. civ.</b>	Cour de cassation, Chambre civile
<b>Cass. com.</b>	Cour de cassation, Chambre commerciale
<b>Cass. crim.</b>	Cour de cassation, Chambre criminelle
<b>Cass. soc.</b>	Cour de cassation, Chambre sociale
<b>C. civ.</b>	Code civil
<b>C. com.</b>	Code de commerce
<b>C. consom.</b>	Code de la consommation

<b>CPI</b>	Code de la propriété industrielle
<b>C. trav.</b>	Code du travail
<b>C. o. c.</b>	Code des obligations et des contrats.
<b>C. supr.</b>	Cour suprême.
<b>C.A.</b>	Cour d'appel.
<b>Cass.</b>	Cassation.
<b>CCI</b>	Chambre de commerce international.
<b>Ch.</b>	Chambre.
<b>Chap.</b>	Chapitre.
<b>Chr.</b>	Chronique
<b>Civ.</b>	Civil(e).
<b>C.I.J.</b>	Cour internationale de justice.
<b>CJ</b>	Cour de justice.
<b>CJCE</b>	Cour de justice des communautés européennes.
<b>CNUDCI</b> international.	Commission des Nations Unies pour le droit du commerce
<b>Coll.</b>	Collection.
<b>Com.</b>	Commercial (e).
<b>Comm.</b>	Commentaire.
<b>Comp.</b>	Comparer.
<b>Concl.</b>	Conclusion (s).
<b>C.Conc.</b>	Conseil de la concurrence.
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>Contr.</b>	Contraire.
<b>Cont. conc. consom.</b>	Contrats concurrence consommation
<b>CPC</b>	Code de Procédure Civil Français.
<b>CPCC</b>	Code de procédure civile et commerciale.
<b>D.</b>	Recueil Dalloz – Sirey.



<b>D. Aff.</b>	Dalloz Affaires.
<b>D.C</b>	Dalloz Recueil Critique.
<b>D. d'appl.</b>	Décret d'application.
<b>D.-L.</b>	Décret-loi.
<b>Déc.</b>	Décision.
<b>DIP</b>	Droit international privé.
<b>DPCI</b>	Droit et pratique du commerce international.
<b>Dr. Int.</b>	Droit international.
<b>ÉAU</b>	Émirats arabes unis.
<b>Éd.</b>	Édition.
<b>Éd. Puf.</b>	Édition presse universitaire de France.
<b>Fasc.</b>	Fascicule.
<b>FFF</b>	Fédération Française de Franchise
<b>Gaz. Pal. (G.P.)</b>	Gazette du Palais.
<b>Ibid.</b>	Ibidem.
<b>ICC</b>	International Chamber of Commerce.
<b>INPI</b>	Institut National de la Propriété Industrielle
<b>J.-Cl.</b>	Juris-classeur.
<b>J.-Cl Proc. Civ.</b>	Juris-classeur de procédure civile.
<b>J.-Cl. Dr. int.pr.</b>	Juris-classeur droit international privé.
<b>J-Cl. dr. Comp.</b>	Juris-classeur droit comparé.
<b>JCP</b>	Juris – Classeur périodique.
<b>JCP G.</b>	Juris – Classeur périodique, édition générale (Semaine juridique).
<b>JCP E</b>	Juris – Classeur périodique, édition entreprise.
<b>JCP N</b>	Juris – Classeur périodique, édition notariale.
<b>JDI</b>	Journal du droit international (Clunet).
<b>JOCE</b>	Journal Officiel des Communautés Européennes
<b>Jud.</b>	Judiciaire.

<b>LGDJ</b>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
<b>LDIP</b>	La loi fédérale suisse sur le droit international privé.
<b>Lettre distrib.</b>	Lettre de la distribution
<b>n.</b>	Note.
<b>N°</b>	Numéro.
<b>Obs.</b>	Observation.
<b>OMC</b>	Organisation Mondiale du Commerce.
<b>OMPI</b>	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.
<b>Op. cit.</b>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
<b>P.</b>	Page
<b>P. Aff.</b>	Petites Affiches
<b>Proc. Civ.</b>	Procédure civile.
<b>PUF</b>	Presse Universitaire de France.
<b>RCDIP</b>	Revue critique de droit international privé.
<b>Rec.</b>	Recueil.
<b>Rep. com.</b>	Repertoire commercial Dalloz
<b>Rev. crit.DIP</b>	Revue critique de droit international privé.
<b>Rev. soc.</b>	Revue des sociétés.
<b>Rev. jud.</b>	Revue judiciaire.
<b>RJDA</b>	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
<b>RTD civ.</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>RIDC</b>	Revue international de droit comparé.
<b>RTD com.</b>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<b>S.</b>	Sirey (Recueil)
<b>Som.</b>	Sommaire.
<b>s.</b>	suiivante(s).
<b>Sect.</b>	Section.
<b>Spéc.</b>	Spécialement.
<b>Sté.</b>	Société.

<b>Suppl.</b>	Supplément.
<b>t.</b>	Tome.
<b>Trib. civ.</b>	Tribunal civil.
<b>Tri. Com.</b>	Tribunal de commerce
<b>Trib. féd.</b>	Tribunal fédéral.
<b>v.</b>	Voir.
<b>Vol.</b>	Volume.
<b>ZPO</b>	Zivilprozessordnung (Code de procédure civile allemand).

## **DÉDICACE**

À mes parents,  
À tous les membres de ma famille  
Et  
Plus spécialement à mon fils Sultan

## **REMERCIEMENTS**

J'exprime mes plus profonds et sincères remerciements à mon Professeur Monsieur Philippe DELEBECQUE pour l'aide précieuse qu'il m'a apportée. Son œil critique m'a été très précieux pour bien structurer les différentes parties de cette Thèse. Je tiens à lui exprimer toute ma reconnaissance pour sa grande disponibilité, ses précieux conseils qui m'ont permis d'achever ce travail dans les meilleures conditions.

Mes remerciements les plus profonds vont également à tous les Professeurs qui m'ont fait l'honneur d'accepter de participer à ce jury. Qu'ils soient tous assurés de toute mon estime et de toute ma plus profonde gratitude.

Je voudrais remercier enfin tous mes amis qui m'ont encouragé à finir ce travail par des gestes d'amitié dont je suis très reconnaissant. Je ne citerai pas de noms pour ne pas en oublier certains.

L'Université Panthéon – Sorbonne (Paris I) Droit –Economie – sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

## **SOMMAIRE**

### **INTRODUCTION GÉNÉRALE** **CHAPITRE PRÉLIMINAIRE**

Section I- Les différentes types de franchises selon leurs objets et leurs secteurs d'activité.

Section II- Les différentes types de franchises selon leurs formes organisationnelles.

### **PREMIERE PARTIE : LA DÉLIMITATION DU CONTRAT DE FRANCHISE ET LA NOTION DU SAVOIR FAIRE**

#### **Chapitre I : La délimitation et la formation du contrat de franchise.**

Section I : La définition et les caractères du contrat de franchise.

Section II : Contrat de franchise et contrats voisins

Section III : Contrat de franchise et contrat de travail.

Section IV : La formation du contrat de franchise.

Conclusion du 1<sup>er</sup> Chapitre

#### **CHAPITRE II - La délimitation de la notion du savoir faire.**

Section I- L'appréhension de la notion du savoir faire.

Section II- Les caractéristiques, le renouvellement et la protection du savoir faire.

Conclusion du 2<sup>ème</sup> Chapitre

**Conclusion de la Première Partie**

### **DEUXIEME PARTIE – L'EXÉCUTION ET L'EXTINCTION DU CONTRAT DE FRANCHISE**

#### **CHAPITRE I - Les obligations du franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise.**

Section I - Les principales obligations du franchiseur.

Section II - Les autres obligations du franchiseur relatives à l'approvisionnement et à l'exclusivité territoriale.

Conclusion du 1<sup>er</sup> chapitre

## **CHAPITRE II - Les obligations du franchisé et l'extinction du contrat de franchise.**

Section I - Les obligations financières et les obligations découlant du transfert du savoir faire

Section II - L'extinction du contrat de franchise.

Conclusion du 2<sup>ème</sup> chapitre

**Conclusion de la Deuxième Partie**

**Conclusion Générale**

**ANNEXES**



## TABLE DES ABRÉVIATIONS

<b>ADPIC</b>	Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce sur les droits de propriété intellectuelle touchant le commerce.
<b>Aff.</b>	Affaire.
<b>Al.</b>	Alinéa.
<b>AN</b>	Acte Normatif
<b>Art.</b>	Article(s).
<b>Art. préc.</b>	Article précédent.
<b>Art. cit.</b>	Article cité.
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch, ou le Code civil allemand.
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof ou la Cour fédérale Allemande.
<b>BICC</b>	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
<b>Bull.</b>	Bulletin.
<b>Bull. civ.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile.
<b>Bull. Joly.</b>	Bulletin Joly.
<b>C.</b>	Code.
<b>c.</b>	Contre.
<b>C. cass.</b>	Cour de cassation.
<b>Cass. Ass. plén.</b>	Cour de cassation, Assemblée plénière
<b>Cass. Ch. mixte</b>	Cour de cassation, Chambre mixte
<b>Cass. civ.</b>	Cour de cassation, Chambre civile
<b>Cass. com.</b>	Cour de cassation, Chambre commerciale
<b>Cass. crim.</b>	Cour de cassation, Chambre criminelle
<b>Cass. soc.</b>	Cour de cassation, Chambre sociale
<b>C. civ.</b>	Code civil
<b>C. com.</b>	Code de commerce
<b>C. consom.</b>	Code de la consommation
<b>CPI</b>	Code de la propriété industrielle

<b>C. trav.</b>	Code du travail
<b>C. o. c.</b>	Code des obligations et des contrats.
<b>C. supr.</b>	Cour suprême.
<b>C.A.</b>	Cour d'appel.
<b>Cass.</b>	Cassation.
<b>CCI</b>	Chambre de commerce international.
<b>Ch.</b>	Chambre.
<b>Chap.</b>	Chapitre.
<b>Chr.</b>	Chronique
<b>Civ.</b>	Civil(e).
<b>C.I.J.</b>	Cour internationale de justice.
<b>CJ</b>	Cour de justice.
<b>CJCE</b>	Cour de justice des communautés européennes.
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international.
<b>Coll.</b>	Collection.
<b>Com.</b>	Commercial (e).
<b>Comm.</b>	Commentaire.
<b>Comp.</b>	Comparer.
<b>Concl.</b>	Conclusion (s).
<b>C.Conc.</b>	Conseil de la concurrence.
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>Contr.</b>	Contraire.
<b>Cont. conc.</b>	Contrats concurrence consommation
<b>consom.</b>	
<b>CPC</b>	Code de Procédure Civil Français.
<b>CPCC</b>	Code de procédure civile et commerciale.
<b>D.</b>	Recueil Dalloz – Sirey.
<b>D. Aff.</b>	Dalloz Affaires.
<b>D.C</b>	Dalloz Recueil Critique.
<b>D. d'appl.</b>	Décret d'application.
<b>D.-L.</b>	Décret-loi.
<b>Déc.</b>	Décision.
<b>DIP</b>	Droit international privé.

<b>DPCI</b>	Droit et pratique du commerce international.
<b>Dr. Int.</b>	Droit international.
<b>ÉAU</b>	Émirats arabes unis.
<b>Éd.</b>	Édition.
<b>Éd. Puf.</b>	Édition presse universitaire de France.
<b>Fasc.</b>	Fascicule.
<b>FFF</b>	Fédération Française de Franchise
<b>Gaz. Pal.</b>	Gazette du Palais.
<b>(G.P.)</b>	
<b>Ibid.</b>	Ibidem.
<b>ICC</b>	International Chamber of Commerce.
<b>INPI</b>	Institut National de la Propriété Industrielle
<b>J.-Cl.</b>	Juris-classeur.
<b>J.-CIProc.</b>	Juris-classeur de procédure civile.
<b>Civ.</b>	
<b>J.-Cl. Dr.</b>	Juris-classeur droit international privé.
<b>int.pr.</b>	
<b>J-Cl. dr.</b>	Juris-classeur droit comparé.
<b>Comp.</b>	
<b>JCP</b>	Juris – Classeur périodique.
<b>JCPG.</b>	Juris – Classeur périodique, édition générale (Semaine juridique).
<b>JCP E</b>	Juris – Classeur périodique, édition entreprise.
<b>JCP N</b>	Juris – Classeur périodique, édition notariale.
<b>JDI</b>	Journal du droit international (Clunet).
<b>JOCE</b>	Journal Officiel des Communautés Européennes
<b>Jud.</b>	Judiciaire.
<b>LGDJ</b>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
<b>LDIP</b>	La loi fédérale suisse sur le droit international privé.
<b>Lettre distrib.</b>	Lettre de la distribution
<b>n.</b>	Note.
<b>N°</b>	Numéro.
<b>Obs.</b>	Observation.
<b>OMC</b>	Organisation Mondiale du Commerce.

<b>OMPI</b>	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.
<b>Op. cit.</b>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
<b>P.</b>	Page
<b>P. Aff.</b>	Petites Affiches
<b>Proc. Civ.</b>	Procédure civile.
<b>PUF</b>	Presses Universitaires de France.
<b>RCDIP</b>	Revue critique de droit international privé.
<b>Rec.</b>	Recueil.
<b>Rep. com.</b>	Repertoire commercial Dalloz
<b>Rev. crit.DIP</b>	Revue critique de droit international privé.
<b>Rev. soc.</b>	Revue des sociétés.
<b>Rev. jud.</b>	Revue judiciaire.
<b>RJDA</b>	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
<b>RTD civ.</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>RIDC</b>	Revue internationale de droit comparé.
<b>RTD com.</b>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<b>S.</b>	Sirey (Recueil)
<b>Som.</b>	Sommaire.
<b>s.</b>	suiivante(s).
<b>Sect.</b>	Section.
<b>Spéc.</b>	Spécialement.
<b>Sté.</b>	Société.
<b>Suppl.</b>	Supplément.
<b>t.</b>	Tome.
<b>Trib. civ.</b>	Tribunal civil.
<b>Tri. Com.</b>	Tribunal de commerce
<b>Trib. féd.</b>	Tribunal fédéral.
<b>v.</b>	Voir.
<b>Vol.</b>	Volume.
<b>ZPO</b>	Zivilprozessordnung (Code de procédure civile allemand).

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

La mondialisation a largement participé à l'ouverture des frontières économique et à l'accélération des échanges commerciaux internationaux. Dans ce cadre, un nouveau concept original, plus souvent aisés, a connu des destins fabuleux en terme de rentabilité et ce grâce à un vecteur d'innovation très intéressant qui est « *le franchisage* ». Par ailleurs, en sachant que les entreprises représentent un élément très essentiel à la compétitivité de notre économie, à la création d'emplois et au dynamisme des territoires. On se rend compte rapidement que la plus grande part du défi à relever réside dans la promotion de ces entreprises nationales.

Parmi les actions entreprises pour affronter les contraintes de ce nouvel environnement, nous constatons, depuis le début des années 70, le recours à la franchise en tant que mode de création et de développement des entreprises nationales et internationales. Ceci a bouleversé les données économiques en France avec de nouveaux concepts de vente et l'apparition de nouvelles habitudes de consommation. Seule la mise en place de nouveaux moyens de distribution, performants et capables de transporter un produit de son lieu de fabrication à son lieu de consommation, peut contribuer à répondre efficacement aux demandes de plus en plus croissantes des consommateurs. Dans cette perspective, la franchise paraît remplissant certaines conditions de succès tout en offrant plusieurs opportunités à saisir dans un monde en perpétuel changement.

L'histoire de la franchise remonte au Moyen Age, entre les Xème et XIIème siècles, où dans l'ancien français le mot « *franc* » est le synonyme du mot « *franchise* » d'aujourd'hui. A cette époque, la franchise paraissait comme le facteur de « *l'octroi d'une liberté, d'un privilège, d'une autorisation accordée par les seigneurs au profit de certaines population définit territorialement. Ils offraient également des « lettres de franchise » à des personnes ou à des villes, d'où l'expression « ville franche ». Les seigneurs abandonnaient à leur profit une partie de leur privilège, en contrepartie du versement d'une redevance* »<sup>1</sup>. Mais, la formule de l'exploitation en franchise telle que nous la connaissons aujourd'hui s'est

---

<sup>1</sup> D. Baschet, « La franchise : guide juridique et conseils pratiques », Gualino éditeur, 2005.

produite véritablement au XVIII siècle avec la suppression des droits et péages intérieurs, période pour laquelle on retrouve toujours des traces dans certaines expressions courantes telles que par exemple : la franchise postale, la franchise d'impôt ou encore la franchise douanière...etc. Mais, il faut attendre les années trente, où simultanément aux Etats-Unis et en France, quelques innovateurs de cette époque lançaient les fondements d'un système d'associations, qui allait, quelques années plus tard, donner naissance au concept de la franchise.

D'ailleurs, c'est aux Etats-Unis -mis à part les contraintes des lois anti-trust- qu'elle est née sous le nom de « *franchising* ». Ses origines se trouvent dans le développement de l'industrie automobile sous l'effet de la législation anti-trust, prohibant la vente directe des véhicules par les constructeurs aux utilisateurs. Sa croissance, entre les deux guerres, est essentiellement alimentée par la nécessité, pour de nombreux commerçants, d'imaginer un nouveau système de distribution surtout après la crise de 1929 et de lutter ainsi contre la concurrence des sociétés succursalistes. Après la seconde guerre mondiale, le franchising opère une totale diversification, se répandant notamment dans le domaine des services. Cette nouvelle technique contractuelle<sup>2</sup> a modifié la structure de la distribution en Amérique du nord d'abord, dans le reste du monde ensuite<sup>3</sup>.

Aujourd'hui, le franchisage est connu dans la plus part des domaines, dans l'industrie, la distribution et les services à la personne, mais c'est dans ces deux dernier domaines, et plus particulièrement dans le franchisage de services, que se trouve l'esprit de l'entreprise le plus poussé et le sens de l'innovation le plus aigu<sup>4</sup>. En effet, l'attrait croissant du contrat de franchise est justifié par les avantages qu'il procure aux parties. Ils découlent en grande partie du fait que le franchisage soit un mode de distribution intégrée<sup>5</sup>. Il est en effet, une technique d'intégration coordonnée entre entreprises dans une unité économique dominée et dirigée par l'un de ses membres. Ainsi, la franchise permet au franchiseur de réitérer un succès commercial et de l'étendre vers de nouveaux marchés sans participer aux investissements de base. Quant au franchiseur, tout en demeurant indépendant, bénéficie de la

---

<sup>2</sup> Didier Ferrier, « La franchise internationale », *J.D.I.*, 1988, note 3, p.626 : « La technique de commercialisation par franchise est l'une des méthodes de commercialisation les plus répandues et les plus efficaces au plan international. Son succès tient à l'uniformisation constante des goûts, puis des besoins des peuples ».

<sup>3</sup> J. M. Leloup, « la Franchise », *Delmas*, 3<sup>e</sup> éd. 2000.

<sup>4</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *litec*, 2<sup>e</sup> éd. 2007.

<sup>5</sup> J. M. Leloup, « La franchise », *op. cit.*, *supra* note n°2.

renommée du franchiseur, de son savoir-faire, de sa technique et d'une clientèle préconstituée, ce qu'il n'aurait pu réaliser seul qu'au prix de lourds investissements. Il se crée ainsi une dynamique de développement des entreprises contractantes dans leur intérêt et dans celui du consommateur à qui le réseau<sup>6</sup> confère une sécurité par l'homogénéité des services et des produits qu'il propose et ce grâce aux normes et contrôle rigoureux qu'exerce le franchiseur<sup>7</sup>.

Dans le classement mondial de la franchise tous secteurs confondus (37 pays). C'est aux Etats-Unis, en Chine, et en Inde que l'on trouve le plus grand nombre de franchiseurs. Ce classement est différent si l'on regarde le nombre de franchisés. Les Etats-Unis et la Chine restent dans le haut du classement. En revanche, l'Inde est dépassée par le Japon. Le Japon compte 187 franchisés pour 1 franchiseur, alors qu'en Inde il y en a que 66 par franchiseur<sup>8</sup>. La France se situe 5<sup>ème</sup> en nombre de franchiseurs (1.369), et 8<sup>ème</sup> en nombre de franchisés (51.600)<sup>9</sup>.

En France, on assiste à une espèce de «*métamorphose commerciale*» liée à l'installation des prémices d'une stratégie de développement en franchise. En effet, avec la fondation «*Lainières de Roubaix*», son dirigeant avait l'envie d'installer un nouveau réseau de distribution, c'est pourquoi il a chargé un polytechnicien de mettre en place une chaîne de magasin où les détaillants indépendants seront liés par un contrat leur permettant d'avoir l'exclusivité des produits comme de la zone géographique.

La franchise s'est ensuite très largement développée dans le pays à partir du début des années 1970<sup>10</sup>, en raison de la nécessité de moderniser le commerce de détail face à la concurrence des grandes surfaces. Par ailleurs, dans les années 1990, un nouveau souffle est donné à la franchise, un souffle qui se traduit par l'apparition de nouvelles enseignes et

---

<sup>6</sup> Le réseau de franchise est constitué de franchiseur et franchisés, dont la vocation est d'assurer la pérennité, et de promouvoir la production et/ou la distribution des produits et /ou des services.

<sup>7</sup> Franchise magazine sur les fruits de la franchise, août- sept. 2002, n° 171.

<sup>8</sup> Annexe 1 Etat de la franchise dans le monde en 2010 : Page 140 du livre « Devenir franchisé ou lancer une franchise », 3<sup>ème</sup> édition, Chantal Zimmer, collection Guide utile paru en février 2010.

<sup>9</sup> La fédération française de la franchise, [www.franchises-fff.com](http://www.franchises-fff.com)

<sup>10</sup> Sur l'impact économique du franchisage sur l'économie de la France et sur un certain nombre de pays d'Europe comme la Grande-Bretagne, voir A.-M. Gauthier, « Aperçus des éléments fondamentaux de la relation de franchise », [1992], 1 C. P. du N. 41, 52-56 ; D. Ferrier, « La franchise internationale », *J.D.I.*, 1988, note 1, p.625, note n° 1.

l'augmentation du nombre de franchisés dans les anciennes chaînes<sup>11</sup>. Il existait en France, au 31 décembre 2011, 1569 réseaux de franchise avec 62041 franchisés, employant plus de 660000 salariés et générant un chiffre d'affaires annuel de plus de 49,24 milliards d'euros, d'après la Fédération Française de la Franchise (FFF). Mais, le développement fulgurant de la franchise n'a pas toujours été évident, puisqu'elle est passée par trois grandes étapes.

La première étape est celle qui concerne la période qui va de 1970 jusqu'à la fin des années 1980, cette période est généralement qualifiée de période de « début de lancement » de la franchise en France<sup>12</sup>. La fin de cette période à vu la nombre de franchiseurs et de franchisés augmentés d'une manière expansible, ce qui peut s'expliquer par une politique avantageuse vis-à-vis du commerce du détail qui a subi en plein floué la concurrence des géants des grandes surfaces. De surcroit, durant cette même période fut créée la Fédération Française de la Franchise (FFF) en 1971. Une année plus tard, en 1972 fut créée également la Fédération Européenne de la Franchise (FEF).

Ainsi, toutes ces organismes mettent leurs connaissance et expertises en faveur des entreprises, soit à l'échelle nationale avec la Fédération Française de la franchise (FFF), soit à l'échelle européen avec la Fédération Européenne de la Franchise (FEF) ou soit à l'échelle mondiale avec l'International Franchise Association (IFA), dont la France est membre.

Cependant, la deuxième période qui va des années 1980 aux années 1995, a connu beaucoup de recul par rapport à la première, suite à la crise économique des années 1990, mais suite aussi à l'encadrement accru de la franchise par différents organismes tels que : la Fédération Française de la Franchise qui a dores-déjà élaboré, dès 1972, un code de déontologie de la franchise<sup>13</sup>, visant à harmoniser les différentes pratiques relevées dans ce

---

<sup>11</sup> M. Kahn, « Franchise et partenariat », *Dalloz-Dunod*, 2002, p. 7.

<sup>12</sup> A titre d'exemple, en 1969 il y avait en France à peine 30 réseaux de franchise et 2000 franchisés. Cependant, ces chiffres vont augmenter d'une manière fulgurante dans les années quatre vingt, puisqu'on recensait 740 réseaux de franchise pour plus de 30000 franchisés.

<sup>13</sup> Le Code de la déontologie européen de la franchise est la mise à jour de du code créé en 1972 par *European Franchise Federation (EFF)*, et chaque fédération nationale de franchise a participé à la rédaction, promotion, l'interprétation et l'adaptation utile dans son propre pays. Ce code se veut être un code de bons usages et de bonnes conduites des utilisateurs de la franchise en Europe. Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *litec*. 2<sup>e</sup> éd. 2007.



secteur<sup>14</sup>. De plus, deux autres textes essentiels du droit de la franchise vont intervenir, exception faite du droit commun des contrats, le règlement communautaire de 1988 et la loi Doubin du 31 décembre 1989, bientôt suivie par son décret d'application en 1991.

Néanmoins, la loi Doubin n'est pas particulièrement consacrée à la Franchise, mais elle prévoit dans son article 2 des sanctions en cas de « *non transmission au franchisé, au moins vingt jours avant la signature du contrat un document d'information précontractuelle (DIP)* »<sup>15</sup>. Ce DIP permet au franchisé d'opérer objectivement ces choix en toute connaissance de cause avec à la clé des informations très importantes sur l'entreprise vis-à-vis duquel le franchisé sera engagé. Ce document contient également d'autres informations relatives au réseau, aux capitaux nécessaire pour la réalisation du projet, au futur contrat...etc. Par ailleurs, la loi Doubin encadre les besoins de clarté des rapports précontractuels, mais elle ne concerne en aucun cas la conclusion du contrat.

Ainsi, la loi Doubin a pour objectif de contraindre « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, à fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ».

D'ailleurs, les dispositions de cet article ont très sûrement dissuadé les franchiseurs peu sérieux et scrupuleux à se lancer dans un marché qui protège plus ou moins efficacement les droits des uns et des autres dans le cadre d'un contrat de franchise. D'ailleurs, cette situation a entraînée, dès le début des années 1990, la disparition d'un certains nombre de réseaux de franchise peu sérieux, provoquant ainsi le ralentissement du développement de nouveaux réseaux de franchise.

---

<sup>14</sup> Il faut souligner aussi qu'un arrêté du 29 novembre 1973, relatif à la terminologie économique et financière, concrétise l'adoption par la France de la franchise, en substituant aux mots anglais « franchising », les mots : « franchisor » et « franchisee », ce qui veut dire en français : les « franchisages », « franchiseur », « franchisé ».

<sup>15</sup> Cet article 2 de la loi Doubin prévoit que : « *Sera punie des peines d'amendes prévues par les contraventions de la 5ème classe toute personne qui met à la disposition d'une personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 susvisée. En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la 5ème classe sont applicables* ».

La troisième et dernière étape, qualifiée d'étape de « *maturité* » est celle qui débute des années 1995 jusqu'à nos jours, dans laquelle l'évolution régulière des réseaux de franchise est toujours d'actualité<sup>16</sup>, mis à part le dérisoire ralentissement opéré en 2008 après l'amortissement de la crise économique. Ainsi encadrée juridiquement, structurée professionnellement et développée dans un nombre de plus en plus important de pays à travers l'Europe et le monde, la franchise paraît avoir acquis une maturité qui en fait un mode de collaboration vers lequel un nombre croissant d'entrepreneurs n'hésitent plus à se tourner.

Il paraît donc que le phénomène de la franchise n'est pas nouvelle et qu'elle est encadré par un corpus juridique et législatif qui va lui permettre, en premier lieu, de reconnaître la validité des contrats de franchise au regard du droit de la concurrence et, en second lieu, d'organiser une meilleure protection des franchisés -à travers les différents organismes tels que les Fédérations- tout en leur permettant de s'engager en mesurant mieux les risques encourus. D'ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2000, de nouvelles règles communautaires sont entrées en vigueur, visant à donner une plus grande souplesse aux contrats et en faisant de la liberté le principe et de l'interdiction l'exception.

Pour aborder avec précision les différents aspects de notre sujet, il nous paraît nécessaire de définir la franchise, afin qu'on puisse la distinguer des autres contrats commerciaux voisins tels que la distribution sélective et la concession, même si, selon D. Legeais : « *cette distinction est souvent délicat à faire* »<sup>17</sup>.

Ainsi, selon le lexique juridique, la franchise est un contrat du droit commercial par lequel un commerçant dit « *le franchiseur* », concède à un autre commerçant dit « *le franchisé* », le droit d'utiliser tout ou partie des droits incorporels lui appartenant, comme par exemple, le nom commercial, les marques, les licences...etc., généralement contre le versement d'un pourcentage sur son chiffre d'affaires ou d'un pourcentage calculé sur ses bénéfices. De plus, l'exécution du contrat s'accompagne d'une obligation, de la part du franchiseur de faire bénéficier le franchisé de son expérience technique, de ses méthodes

---

<sup>16</sup> Voir la partie de l'étude consacrée aux statistiques relatives à l'évolution de la franchise de 1991 à 2011.

<sup>17</sup>D. Legeais, « Franchise », *J.-C.L. Com.*, fasc.333, 2001.

commerciales ou industrielles, et de ses campagnes publicitaires. A la charge du franchisé, le contrat inclut l'obligation d'acheter au franchiseur lui même ou à un fournisseur que ce dernier lui désigne, des matières ou des marchandises qui sont fournies au franchisé selon un tarif déterminé à l'avance mais révisable périodiquement. Néanmoins, le franchisé assure seul les risques de son entreprise<sup>18</sup>.

De surcroît, le contrat de franchise peut également être défini comme un contrat de réitération de succès. Ainsi, le franchiseur a testé, auparavant, un concept commercial avec succès et a choisit de le mettre à disposition d'un franchisé pour que celui-ci réussisse à son tour. Il existe un contrat de franchise si trois conditions sont réunies :

- La mise à disposition du franchisé des signes distinctifs du franchiseur (marque, enseigne) ;
- La mise à disposition du franchisé d'un savoir-faire éprouvé par le franchiseur et répondant à des qualités définies (identifié, secret, substantiel) ;
- La fourniture par le franchiseur d'une assistance permanente destinés à aider le franchisé dans la mise en œuvre du savoir-faire et la recherche du succès.

Par ailleurs, la jurisprudence a décidé d'expliquer au mieux ce que l'on doit entendre et comprendre par le mot « franchise ». Ainsi, la Cour d'appel de Paris a défini la franchise dans son arrêt du 28 avril 1978 comme étant : « Une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connu, de sigles, symboles, marques de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées ».

---

<sup>18</sup> Source : [www.dictionnaire-juridique.com](http://www.dictionnaire-juridique.com)

Cette approche jurisprudentielle met le point sur deux éléments principaux de la franchise : la mise à disposition d'un nom et de signes de ralliement et l'existence d'un savoir faire transmissible. Néanmoins, malgré le fait que l'obligation d'assistance continue ne s'affiche pas d'une manière évidente, mais reste que la dernière partie de la définition s'accorde à qualifier la franchise comme étant un système commercialement plus rentable ou pour le moins plus efficace par rapport à une exploitation autonome.

Par ailleurs, le Règlement d'exemption européen de 1988 reprend pratiquement, dans son article 1<sup>er</sup>, les mêmes éléments de la définition donnée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 avril 1978, mais il opère une distinction entre deux concepts, à savoir « franchise » et « accord de franchise ». En effet, la définition de la franchise recense les éléments relatifs à ce système de commerce organisé, tandis que « l'accord de franchise » impose les trois conditions qui permettent de distinguer le contrat de franchise de tout autre type de contrat de commerce :

- 1)- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et d'une présentation uniforme des locaux et moyens de transport.
- 2)- la communication d'un savoir faire du franchiseur au franchisé.
- 3)- l'assistance commerciale ou technique du franchiseur au franchisé, durant toute la durée du contrat.

De surcroît, selon le Code de déontologie européen de la franchise : « *la franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou le service, le savoir-faire, les méthodes commerciales et techniques, les procédures et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport*

*continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet »<sup>19</sup>.*

Ainsi, dans sa définition de la franchise, ce Code explique très clairement les trois éléments nécessaires à la conclusion d'un contrat de franchise, à savoir la mise à disposition par le franchiseur au franchisé d'une enseigne et de signes de ralliement de la clientèle, la transmission du franchiseur au franchisé d'un savoir faire et d'une assistance continue. Elle insiste également sur la situation spécifique qu'elle provoque entre les différentes parties au contrat de franchise, à savoir la situation de l'indépendance juridique et financière d'une part et d'autre part l'interdépendance économique, avec néanmoins l'obligation d'appliquer strictement le concept pour le franchisé et la possibilité pour le franchiseur de s'assurer de l'exécution du contrat.

Diverses définitions ont donc été proposées par la jurisprudence ou la pratique, comme notamment celle du Code de déontologie européen de la franchise. De ces définitions il résulte que le contrat de franchise lie deux entreprises indépendantes qui collaborent, et par lequel : *« le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur »<sup>20</sup>*. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet ».

Il existe actuellement en France trois types de franchise<sup>21</sup>. Les franchises de distribution sont les plus nombreuses. Le système franchisé a alors pour objet la distribution d'un bien ou d'une collection de biens, le franchiseur peut être un fabricant ou être un simple diffuseur qui va sélectionner et faire fabriquer les produits proposés aux franchisés. La franchise peut également avoir pour but de proposer des services à la clientèle. Enfin, il existe des franchises de production. Il s'agit de contrats en vertu desquels le franchisé fabrique lui-

---

<sup>19</sup> Source : Code de la déontologie européen, dans la partie consacrée à la définition de la franchise.

<sup>20</sup> Maître Jean Baptiste Gouache, article sur [www.toute-la-franchise.com](http://www.toute-la-franchise.com)

<sup>21</sup> Ph. Le Tourneau, « les contrats de franchisage », *Litec*. 2<sup>e</sup> éd. 2007.

même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci. Il est indéniable que le franchisage s'est considérablement diversifié, dans ses modalités et dans ses secteurs, notamment par l'important succès du franchisage de distribution et de services, qui représente environ 55% des chaînes franchisées<sup>22</sup>.

Ce genre de contrat est un contrat complexe, davantage que des contrats voisins comme le contrat de concession commerciale. A travers ce contrat de franchise, un commerçant, le franchiseur, qui possède un savoir-faire et des signes distinctifs de ralliements particuliers dans un domaine spécifique, permet à un autre commerçant, un franchisé, d'avoir le droit d'exploiter cet ensemble, moyennant versement de sommes d'argent, un droit d'entrée et des redevances le plus souvent.

Par ailleurs, ce contrat de franchise dispose de la particularité de n'être pas uniquement lié qu'à la distribution de marchandises, à la différence du contrat de concession ou de distribution sélective. C'est ainsi que ce contrat s'est largement développé, dans des secteurs très actifs, tels que le secteur des services, le secteur de la distribution de produits dans lequel le franchiseur peut être un producteur et la franchise sera un métamorphose de la concession ou bien dans lequel le franchiseur est lui-même un distributeur qui a instauré un savoir-faire particulier dans le domaine très large de la distribution. On observe parfois des variantes, à travers le contrat de franchise de corner ou « corner franchise », par lequel le franchisé consacre une partie de son domaine commercial à la vente des produits du franchiseur, tel est le cas par exemple dans un certains nombres de magasins. C'est aussi le cas du « contrat de management » que l'on rencontre notamment dans le secteur hôtelier. Il s'agit de l'hypothèse exactement inverse de la franchise : une entreprise décide de confier la gestion de celle-ci, son management, à une entreprise qu'elle sait compétente à cet effet, car elle est seule titulaire de l'expérience et du savoir-faire nécessaire en la matière. Mais, dans ce genre de contrat, il n'y a pas de transfert de savoir-faire, mais une sorte de contrat de confié relatif à la gestion d'une société donné. La dernière évolution concerne les contrats de commission-affiliation, qui est généralement le dérive du contrat de franchise, dans lequel le commissionnaire-affilié est un commissionnaire à la vente de produits qui reste la propriété du

---

<sup>22</sup> *Idem.*

commettant, à condition néanmoins de respecter les règles commerciales de bases relatives à l'affiliation à un réseau<sup>23</sup>.

Toutefois, le contrat de franchise est le plus complexe des contrats de distribution, il ne se confond, en principe, pas avec le contrat de concession, en raison de la présence d'un savoir faire spécifique, bien que les contrats de franchise de distribution de produits et le contrat de concession exclusive ont des finalités contractuelles et économiques très voisines. C'est ainsi que la loi Doubin du 31 décembre 1989<sup>24</sup> a d'abord été vue comme une règle de nature à « moraliser » la conclusion des contrats de franchise. C'est ainsi également qu'une norme *AFNOR* a été publiée de façon à proposer un modèle équilibré de contrat et qu'un Code de déontologie de la franchise élaboré par la Fédération Française de la Franchise s'applique comme un usage dans les réseaux membres de cette fédération.

Ainsi, le contrat de franchise se distingue spécifiquement des autres contrats voisins par rapport au concept du savoir faire qui lui accorde un certains nombres d'éléments spécifiques. Ce concept de savoir-faire doit en premier lieu être secret, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être aisément accessible. Le savoir-faire doit ensuite être substantiel en sorte que les informations qui le composent doivent être originales et indispensables pour le franchisé. Le savoir-faire doit enfin être identifié en ce sens qu'il doit faire l'objet d'une description particulière et précise. Dans les contrats de franchise le mot « *bible* » qui est très souvent utilisé pour faire valoir les spécificités du savoir faire et les caractères du contrat de franchise. C'est ce savoir faire qui sera transmis au franchisé, de façon à ce que celui-ci puisse, reproduire à l'identique les mêmes concepts du franchiseur.

En outre, la franchise se différencie aussi des autres contrats par certains privilèges qu'elle procure aux parties. En effet, d'une part le concédant, à la différence du franchiseur, ne transmet aucun savoir-faire au concessionnaire et d'autre part, parce que l'exclusivité territoriale est un élément essentiel du contrat de concession et non pas de la franchise où elle n'est qu'une faculté. Néanmoins, par leurs traits communs certaines décisions

---

<sup>23</sup> D. Mainguy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de commission affiliation », *Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz*, 2007, p. 705, *Com.* 28 févr. 2008, *JCP* 2008, II, 10094, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud.

<sup>24</sup> C. com. art. L. 330-3

jurisprudentielles ayant pour objet le contrat de concession pourront avoir un écho sur le contrat de franchise et inversement, ce que nous étudierons lors de nos développements.

Mais, la franchise a également pu largement se développer du fait qu'elle soit un contrat innommé. L'absence de textes légaux lui donne une grande souplesse lui permettant de s'adapter aux diverses figures de la vie des affaires. Selon l'auteur<sup>25</sup>, la promulgation d'un statut serait inutile dans la mesure où il viendrait figer la matière forte évolutive et détournerait les utilisateurs vers un autre type de contrat. Autant il peut paraître opportun de protéger les consommateurs par des textes impératifs autant il semble préférable de laisser les professionnels s'entendre à leur guise : ils participent du même monde, dont ils connaissent les détours, les périls et les chances.

Cette étude a pour objectif d'identifier les bases de la transmission du concept du savoir faire et surtout la façon dont elles sont appliquées dans le cadre d'un contrat de franchise. Notre souhait est de préciser les mécanismes de transmission utilisés dans un contexte de franchise pure dans un cadre contractuel. Ce choix se justifie par le fait que des contrats commerciaux voisins du contrat de franchise, tels que le contrat de concession, ou encore le contrat de commission affiliation, n'exigent pas les mêmes revendications de transmission réduisant ainsi son importance. D'autre part, le domaine de la franchise présente un intérêt particulier en matière de transfert du savoir faire surtout lorsqu'il fait appel à la mise en œuvre de techniques particuliers donnant au concept une grande dimension.

L'étude des règles de transmission du savoir faire sera menée dans une optique dynamique par l'introduction d'une dimension relationnelle entre le franchiseur et le franchisé. La mise en application de ce savoir-faire va faire que le franchiseur s'assurera assez souvent de la bonne mise en œuvre de ce concept par le franchisé. Cela s'explique par le besoin de faire respecter les règles du savoir-faire transmis et mis à disposition par le franchiseur en faveur du candidat franchisé. En effet, c'est le franchiseur qui a développé et formalisé ce concept de savoir faire, pour le partager par la suite dans le cadre du développement de son réseau de franchise.

---

<sup>25</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage ». *Op. cit.*, note n°19.



De plus, ce concept de transmission est le miroir qui reflète l'image de son réseau, dans la mesure où il représente les éléments qui vont permettre normalement la réussite commerciale de la société. Ce concept comprend l'exercice même de l'activité qui dans le cadre de prestations de contrat de franchise, relève de la succession de différentes actions conduisant à la délivrance de la prestation finale pour le client. En outre, ce concept représente également les moyens d'identifier clairement l'appartenance au réseau par la mise à disposition d'une savoir faire particulière permettant aux clients de déterminer le réseau et de le choisir parmi tant d'autres. Il s'agit donc de développer et d'entretenir la notoriété du réseau par cette transmission du savoir-faire. Notre objectif est donc d'identifier plus précisément les mécanismes de transmission à même d'assurer la coordination et la coopération des différentes parties, que ce soit vis-à-vis du concept du savoir-faire, ou de l'image du réseau et ce tout au long de la relation contractuelle.

Ainsi, l'objet de la thèse est d'identifier les différents bases de transmission du concept du savoir faire mis en œuvre dans le cadre de contrat de franchise. Dans ce cadre, l'analyse de la problématique soulève des questions du genre : Quels sont les bases de la transmission du concept de savoir faire dans le cadre d'un contrat de franchise ? Quelles sont les obligations des différentes parties à un contrat de franchise vis-à-vis de la mis en application de ce concept ? La création de la Fédération Française de la Franchise (*FFF*) et la promulgation par la France de différentes lois et règlements relatives à la franchise reflète-t-elle une envie du législateur français de permettre l'évolution et la renaissance d'un vrai droit de franchise ?

Ces différentes questions ont pour intérêt d'enrichir le débat sur le concept de transmission du savoir faire. D'un point de vue théorique, l'étude d'un concept organisationnelle dépassant les limites ordinaires d'une entreprise doit permettre d'élargir le débat sur ce que représente la transmission du savoir faire dans le cadre d'un contrat de franchise. D'un point de vue méthodologique, cette étude se traduira par un travail pratique avec une approche duale du concept de transmission du savoir faire, basé sur l'expérience pratique des franchiseurs et des franchisés. En confrontant ces différentes expériences, nous aurons accès au concept de transmission du savoir faire tel qu'il est conçu par les franchiseurs et tel qu'il est adopté par les franchisés.

## **L'intérêt de cette thèse :**

Les Emirats Arabes Unis avec une population de 5.2 million d'habitants dont 90% étrangers, prévoient un développement considérable en matière de franchise. En effet, cette augmentation de la population associée à la croissance économique se traduit par des besoins de produits et de services variés. Dans ce cadre, la transmission du savoir faire en matière de contrat de franchise paraît le moyen le plus efficace pour saisir des opportunités très importantes dans un marché ayant l'une des plus grandes croissances mondiales. De surcroît, les Émirats arabes unis représentent un marché très favorable au franchisage. En effet, l'existence de capitaux très élevés, la réceptivité à de nouveaux produits, l'exonération de l'impôt sont autant d'indices de la tendance à venir et de la forte augmentation potentielle de ce marché. Ainsi, les entreprises locales ont été amenées à trouver de nouvelles opportunités de franchise uniques, pour répondre aux besoins croissants de leur environnement. La principale raison derrière ce phénomène étant l'établissement continu, aux E.A.U, de nouveaux projets véritablement originaux en leur genre. Il faut souligner qu'il s'agit d'un secteur en plein essor dans l'économie de ce pays du Moyen-Orient.

Par ailleurs, l'intérêt de cette thèse ne réside pas uniquement dans la recherche de l'information sur le contenu des systèmes de franchise dans le droit français et communautaire ou dans leur analyse objective et descriptive, voire linéaire. Les intérêts qui s'y attachent permettent aux investisseurs étrangers en rapport avec une partie européenne de repérer d'éventuelles défaillances du droit interne, de se prémunir et de s'organiser dans la mesure du possible, et de prévoir des solutions efficaces à cet égard. En outre, l'étude approfondie et comparée de certaines notions juridiques du contrat de franchise, déjà connues des investisseurs étrangers, peuvent concourir à réduire largement le climat d'insécurité juridique toujours existant dans les contrats du commerce international aux Emirats Arabes Unis. En effet, ce climat d'insécurité juridique constitue un vrai obstacle devant les investissements étrangers. Ainsi, selon un rapport de la Banque Mondiale<sup>26</sup>, cette insécurité juridique trouve principalement son origine dans l'incompréhension du système juridique émirati. Le préjudice subi au niveau commercial, social (surtout en matière d'emplois générés par ces investissements étrangers), et économique est incommensurable.

---

<sup>26</sup> Ce rapport est disponible sur le site de la Banque Mondiale : [www.WorldBank.org](http://www.WorldBank.org)

Cette étude présente également l'avantage, après sa traduction en arabe, de permettre au législateur émirati de prendre conscience des imperfections de sa législation et d'œuvrer en vue de son amélioration. Elle va lui permettre également de comparer son droit interne avec le droit français et communautaire, afin de desceller d'éventuelles carences législatives, en lui permettant ainsi de s'améliorer et de se réformer pour atteindre un niveau semblable à celui de son homologue français.

### **Annonce de plan :**

L'ensemble du panorama évoqué suggère de construire notre étude de la manière suivante : D'abord étudier le savoir faire dans le cadre de la classification des différents types de contrats de franchise (**Chapitre Préliminaire**). Puis, délimiter le contrat de franchise et définir la notion de savoir faire (**Première Partie**), pour aborder enfin la question de la transmission du savoir faire et l'exécution du contrat de franchise (**Deuxième Partie**).

## Chapitre Préliminaire :

### Le savoir-faire et la classification des différents contrats de franchise.

La franchise est présente dans toutes les activités de la vie économique, dès lors que le franchiseur met à la disposition du franchisé la marque et les signes de ralliement correspondant, et leur transfère par ailleurs un savoir-faire et leur fournit une assistance continue<sup>27</sup>.

Par ailleurs, cette notion de franchise sert à de multiples applications qui se différencient les unes des autres soit selon leurs objets et leurs secteurs d'activité, à savoir la franchise industrielle ou de production, la franchise de distribution des produits, la franchise de service, la franchise de comptoir et la franchise financière (**Section I**), ou soit selon leurs structures qui impliquent une organisation très particulière, à savoir la franchise dite « *mixte* » et la franchise « *pur* » (**Section II**).

#### Section I :

### Les différentes formes de franchise selon leurs objets et leurs secteurs d'activité.

Ces différents types de franchises ont été énoncés par *l'arrêt Pronuptia* du 28 janvier 1986. En effet, cet arrêt prévoit que : « *les contrats de franchise (...) sont de grande diversité* »<sup>28</sup>. Cet arrêt distingue alors les contrats de franchise de production (**Paragraphe I**), les contrats de franchise de distribution (**Paragraphe II**) et les contrats de franchise de service (**Paragraphe III**), sans pour autant oublier de rajouter d'autres types de contrat tels que la franchise financière (**Paragraphe IV**) et la franchise de comptoir (**Paragraphe V**)<sup>29</sup>. Par ailleurs, cette distinction a été reprise<sup>30</sup> par le Règlement européen du 30 novembre 1988 qui prévoit que : « *plusieurs types de franchise peuvent être distingués en fonction de leurs*

---

<sup>27</sup> Dominique Baschet, « La franchise : guide juridique et conseils pratiques », éd. Gualino, 2005.

<sup>28</sup> CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris, GmbH c/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Rec. CJCE 0986.

<sup>29</sup> Ph. Le Tourneau, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, 2002, Fasc. 1045, § 41 et s.

<sup>30</sup> F.L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », éd. Joly, 2009.

*objet : la franchise industrielle concerne la fabrication du produit, la franchise de distribution concerne la vente du produits, et la franchise de distribution concerne la prestation de service »<sup>31</sup>.*

## **Paragraphe I : La franchise industrielle ou de production.**

En matière de franchise industrielle ou de production, la principale question qui se pose est celle de savoir est-ce que la franchise industrielle et celle de production sont deux notions différentes les unes des autres, ou est-ce qu'ils ont la même signification (**Sous-Paragraphe 1**) ? Par ailleurs, on pourra également s'interroger sur le lien qui existe entre la notion du savoir faire et celle de franchise industrielle (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition de la franchise industrielle ou de production :**

Dans un premier temps, il faut souligner que l'appellation de « *franchise industrielle* » ou « *franchise de production* » correspond toujours à la même franchise et ces deux appellations sont admises par la jurisprudence, la doctrine ainsi que le droit européen<sup>32</sup>.

En ce qui concerne la définition du contrat de franchise industrielle, elle a été donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes (*CJCE*) dans son *arrêt Pronuptia*. En effet, cet arrêt définit le contrat de franchise industrielle comme étant le contrat selon lequel : « *le franchisé fabrique lui même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui ci* ». De surcroit, le Règlement d'exemption du 30 novembre 1988 prévoit que la franchise industrielle concerne uniquement la fabrication de produits. On pourra alors en déduire de ces deux définitions de la franchise industrielle que le franchisé a une double mission, il s'agit en premier lieu de fabriquer des produits selon les indications du franchiseur, et deuxièmement, il doit les vendre.

---

<sup>31</sup> Règlement CEE n°4087/88 du 30 nov. 1988 concernant l'application de l'article 85-3 (actuel article 101 du traité TFUE, traité sur la Fonctionnement de l'Union Européennes) du traité à des catégories d'accords verticaux de franchise.

<sup>32</sup> F. L. Simon, « théorie et pratique du droit de la franchise », *Op. Cit.*, p. 48.

Par ailleurs, Ph. Le Tourneau est très favorable à ce type de franchisage sans pour autant s'empêcher d'émettre des réserves. En effet, cet auteur indique que ce type de franchisage qui est : « *plus répandu que cela n'est généralement admis* » et affirme en outre qu' : « *il est « un excellent instrument du commerce équitable* »<sup>33</sup>. Mais, J.-M. LELOUP, quant à lui, considère que : « *la difficulté de concevoir un savoir-faire permettant d'organiser une industrie, ajoutée aux importantes « qualités techniques et financières requises du franchisé* » fait obstacle à un développement important de la franchise de production »<sup>34</sup>. Néanmoins, ce genre de franchise a connu beaucoup de succès notamment dans le secteur du bâtiment.

En outre, cette franchise industrielle ou de production a vêtue une importance mondiale depuis qu'elle a été consacrée par des sociétés de renommées internationales, telles que la société tchèque de chaussure « *Bata* », ou encore la société française de produits laitiers « *Yoplait* » qui est une marque d'une émanation de coopératives agricoles française depuis 1964<sup>35</sup>. Néanmoins, l'exemple le plus célèbre dans le monde demeure la société de boissons gazeuses « *Coca-Cola* »<sup>36</sup>. D'autres exemples de marques représentant la franchise industrielle existes, telles que les sociétés : « *Cofran* », « *Schweppes* », et « *Orangina* ». En effet, cette franchise industrielle ou de production a permis à toutes ces sociétés - mondialement connues- d'étendre leurs réseaux a un niveau International, en franchisant leur procédé à l'étranger, permettant ainsi la fabrication des produits sur place.

D'ailleurs, dans la franchise industrielle, le franchiseur accorde au franchisé, la possibilité de fabriquer et de commercialiser des produits qui ont été mis au point auparavant. Autrement dit, le franchiseur concède la licence de son brevet et de sa marque, il lui communique le savoir-faire, et la technologie. Il assiste le plus souvent son franchisé dans la construction d'une usine, tout en lui livrant des-fois les clefs en main, sans pour autant oublier l'indispensable assistance technique<sup>37</sup>. En outre, le franchisé de production doit être à la fois un industriel et un commerçant, ce qui l'oblige forcément à avoir une qualification technique

---

<sup>33</sup> Ph. Le Tourneau, « les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 176 et 178.

<sup>34</sup> J. M. Leloup, « la Franchise », *op. cit.*,

<sup>35</sup> Encyclopédie libre, wikipédia.org

<sup>36</sup> Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », *op. cit.*

<sup>37</sup> Ph. Le Tourneau, « Ingénierie, transfère de technologie et de maîtrise industrielle », *Litec*, 2003.

souvent très importantes, puisque l'image du réseau dépendant au premier chef de la qualité de ses produits<sup>38</sup>.

Ainsi, H. Kenfack considère que : « *l'apport du franchisé en matière de « qualités personnelles et professionnelle (... ) est plus important dans les franchises de service (. .. ) et les franchises industrielles, mais [qu'] il l'est dans une moindre mesure dans les franchises de distribution »*<sup>39</sup>. En effet, la franchise industrielle permet au franchiseur de s'implanter rapidement, notamment sur des marchés étrangers, sans pour autant investir, tout en tirant profit des procédés de fabrication qu'il a mis au point pour les transmettre par la suite au franchisé (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Le savoir-faire dans la franchise industrielle.**

La franchise industrielle suppose la communication du savoir-faire et ce qu'il y ait ou non licence de brevet, car la transmission du savoir-faire permet la qualification de franchise. En effet, le savoir-faire dans la franchise industrielle porte essentiellement sur la production<sup>40</sup> (procédé non breveté, gestion des approvisionnements, etc.), la maintenance des unités de production et le management de l'entreprise. Il peut porter également sur la vente et service après vente du produit. Par ailleurs, le savoir-faire peut être communiqué par la remise des documents informatisés ou non, soit par des stages effectués dans l'établissement du franchiseur.

Ainsi, il s'avère donc de tout ce qui précède que la transmission du savoir-faire en matière de franchise industrielle est souvent accompagnée en pratique de licences de brevets. Mais, le savoir-faire, qui doit être secret, ne peut consister en une licence de brevet: le procédé objet du brevet, exposé dans la demande de brevet « de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter»<sup>41</sup> et suivant les modalités de l'article R. 612-2

---

<sup>38</sup> H. Kenfack, «Le franchisé est propriétaire de son fonds de commerce», D. 2001, p.1718.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Ph. Le Tourneau, les contrats de franchisage, *Litec*, éd. 2007.

<sup>41</sup> c. propre int., art. L. 612-5.

du Code de la propriété intellectuelle, « tombe dans le domaine public à l'expiration du monopole du franchiseur »<sup>42</sup>.

Mais, reste enfin que même si la franchise industrielle ou de production est fortement liée à des sociétés de renommé mondiale comme *Coca Cola*, il existe malgré tout des franchises qui représentent une très grande partie des réseaux de franchise mondiale, comme c'est le cas par exemple de la franchise de distribution (**Paragraphe II**).

## **Paragraphe II : La franchise de distribution de produits.**

Elle permet la vente d'un bien ou d'un ensemble de biens par le biais du réseau de franchisés. Elle se différencie selon la place que le franchiseur tient dans le circuit : il peut être soit un producteur, soit un diffuseur (**Sous-Paragraphe 1**). Mais, en est-il en matière du savoir faire transmis dans le cadre de franchise distribution de produits (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition de la franchise de distribution de produits.**

Le règlement européen du 30 novembre 1988 définit la franchise de distribution comme « *la franchise qui concerne la vente des produits* ». Cette même définition sera retenue par l'arrêt Pronuptia du 28 janvier 1986 qui définit la franchise de distribution comme étant la franchise dans lequel : « *le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchisé* ».

La franchise de distribution regroupe deux catégories de franchise :

- Le franchiseur est producteur (ou importateur exclusif) ;
- Le franchiseur n'est qu'un sélectionneur de produits fabriqués par d'autres.

---

<sup>42</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », éd. Joly, 2009, p. 48.



Dans la première le franchiseur peut être producteur (ou importateur exclusif) des produits qui seront distribués par la suite par le franchisé. Ce type de franchise est fréquent notamment dans le domaine de textile (exemple de Berger du Nord, Pingouin, Stemm, Imagine, Fils Man) ; dans la cuisine (Aviva) ; dans le chocolat (Chocolat Français, Jeff de Bruges, Pralus) ; dans les chaussures (André, Bat, Eram)<sup>43</sup>, etc.

Concernant la seconde catégorie, le franchiseur est un sélectionneur, il n'est plus un producteur, il s'occupe que de la distribution. Soit il gère une centrale d'achat, soit il établit une liste de produits sélectionnés qui vont être distribués par le réseau de franchisage, constitués de magasins classique ou de grandes surfaces (comme Intermarché, ou une partie des magasins de Carrefour)<sup>44</sup>.

En effet, la franchise de sélection fonctionne selon plusieurs modalités :

- Soit le franchiseur achète les produits en son nom et pour son propre compte à des fabricants et les revend à ses franchisés. Il s'agit dans ce cas de franchisage d'approvisionnement, et le franchiseur joue donc le rôle d'un grossiste<sup>45</sup>.
- Soit le franchiseur crée et gère une centrale d'achat, puis il achète des produits au près des fabricants en son nom mais pour le compte des franchisés. Dans ce cas le franchiseur agit comme un commissionnaire<sup>46</sup>.
- Soit la centrale que gère le franchiseur s'occupe uniquement de la sélection et le référencement des fournisseurs auprès desquels les franchisés achètent directement les produits. Dans ce cas de figure, le franchiseur agit comme un courtier<sup>47</sup>. En est-il enfin en matière de transmission du savoir faire (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>43</sup> Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », *op. cit.*

<sup>44</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *éd. Joly, 2009.*

<sup>45</sup> Ph. Le Tourneau, « les contrats de franchisage », *Litec, éd. 2007.*

<sup>46</sup> CA Paris, 2 mars 1999, *JCP E* 1999, LPA 10 janv 2000, obs. M. Petitier, Ph. Le Tourneau, « droit de la responsabilité et des contrats », *Dalloz action*, 2006/2007.

<sup>47</sup> Cass. Com. 17 mars 2004, Sté Quadrige France c/ Mapotel Best Western, D. 2004, obs. E. Chevrier.

## **Sous-Paragraphe 2 : Le savoir-faire dans la franchise de distribution de produits.**

Toute fois, quelque soit le statut du franchiseur, celui-ci doit mettre en place un concept de distribution et un « savoir-sélectionner » des produits. Autrement dit, le franchiseur accorde à ces franchisés l'usage des signes de ralliement de la clientèle, assure des différents services (publicité nationale, assistance technique, etc.), et surtout met en œuvre un savoir-faire commercial original.

Ce savoir-faire commercial se compose donc d'un « savoir-sélectionner » c'est à dire un « savoir-acheter » le meilleur produit au bon prix et au bon moment ; et d'un « savoir-vendre » des produits dans les normes qui répondent au marketing, dans un magasin organisé et géré selon des règles déjà expérimentées par le franchiseur dans des succursales ou dans des magasins tests.

A la différence de la franchise industrielle où le savoir-faire porte sur un procédé de fabrication, le savoir-faire dans la franchise de distribution, concerne donc une technique de commercialisation. Le franchiseur dans ce cas se contente de vendre certains produits « *selon la méthode qui lui a été communiqué par le franchiseur*<sup>48</sup> ». Serait-il de même en matière de franchise de service (**Paragraphe III**) ?

## **Paragraphe III : La franchise de service.**

La définition de la franchise de service (**Sous-Paragraphe 1**), doit permettre de prendre en considération le caractère particulièrement développé du savoir-faire dans ce type de franchise (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition de la franchise de service :**

---

<sup>48</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.* « la formule employée dans l'arrêt Pronuptia de 28 janv. 1986 ».

Au terme du Règlement européen du 30 novembre 1988 « la franchise de services concerne la prestation de services ». Dans l'arrêt *Pronuptia* du 28 janvier 1986 la Cour de justice des communautés européennes avait définie la franchise de service de manière moins laconique<sup>49</sup>. Ainsi, selon l'arrêt : « *les contrats de franchise de service (sont ceux) en vertu desquels le franchisé offre un service sous l'enseigne et le nom commercial, voir la marque, du franchiseur et en se conformant aux directives de ce dernier* ».

Par ailleurs, la doctrine a donnée une définition plus précise, prenant en considération le caractère particulièrement développé du savoir-faire dans ce type de franchise. Ainsi, dans le « franchisage de services, le franchiseur met à la disposition de ses franchisés un système standardisé complet pour offrir un service à la clientèle, comprenant ces signes de ralliement de la clientèle »<sup>50</sup>. Il ressort donc de cette citation que le succès de la prestation offerte au titre de ce type de franchise est lié plus qu'ailleurs à la performance du savoir-faire.

En ce sens, la Cour d'Appel de Douai avait jugé que : « *le franchiseur avait manqué à son obligation dans le cadre de contrat de franchise de services en transmettant un savoir-faire factice* »<sup>51</sup>. En outre, la franchise de service représente en France plus de 50% de l'ensemble des réseaux de franchise. Elle couvre des domaines très divers notamment l'hôtellerie et la restauration<sup>52</sup>. Dans ce cadre, la transmission du savoir faire constitue un élément très essentiel (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> Ph. Le Tourneau, « Franchisage-variété de franchisage- Indépendance et domination dans le franchisage-Droit de la concurrence et franchisage », J.-CL. Contrats-Distribution, 2002, *Fasc* 1045.

<sup>51</sup> CA. Douai, 15 fév. 2001, Juris-Data 2001-170810. Au terme de la décision « *Manque à ses obligations le franchiseur qui, dans le cadre du contrat de franchise pour des services de lavage de véhicules de transport, donne au franchisé de fausses informations sur les produits de lavage fournis, produits présentés comme respectueux de l'environnement, alors qu'en réalité ils sont toxiques, et non étiquetés conformément à la législation française. Il a donné également des informations fausses sur les eaux de lavage et le passage aux services de mines pour les remorques fournies pour le transport du matériel. En outre, le disjoncteur du nettoyeur industriel fourni ne respectait pas les règles de sécurité. En conséquence, il a transmis un savoir-faire factice.*

<sup>52</sup> Voir la partie consacrée aux statistiques en France.

## **Sous-Paragraphe 2 : Le savoir-faire dans la franchise de service.**

Le savoir-faire dans La franchise de service consiste essentiellement en la satisfaction de la clientèle. En effet la franchise de service ne concerne pas la vente de marchandises, objet de la franchise de distribution, ni la fabrication d'objets, objet de la franchise industrielle ou artisanale. Le franchiseur doit donc transmettre au franchisé, non une méthode de vente, mais une méthode de travail permettant de rendre service à la clientèle de manière différente des méthodes traditionnelles<sup>53</sup>, et apportant par conséquent un avantage visible, surtout quant il s'agit d'une franchise de comptoir (**Paragraphe VI**).

## **Paragraphe VI : La franchise de comptoir.**

La franchise de comptoir diffère des autres franchises traditionnelles par le mode d'exploitation du système franchisé (**Sous-Paragraphe 1**), et ne se base pas sur l'objet sur lequel porte le savoir faire transmis par le franchiseur (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition de la franchise de comptoir :**

La franchise de comptoir appelée également «franchise de stand » ou « franchise de corner<sup>54</sup>», ou encore « contrat d'emplacement affecté » ne se définit pas compte tenu de l'objet sur lequel porte le savoir-faire transmis par le franchiseur, mais par le mode d'exploitation du système franchisé<sup>55</sup>. Autrement dit, à la différence de la franchise traditionnelle, la franchise de comptoir implique que le franchisé exerce son activité dans une partie délimitée du magasin.

En effet, si la franchise traditionnelle implique qu'une boutique est exploitée entièrement par le franchisé, la franchise de comptoir, selon l'auteur : « *est accordée pour un comptoir de marque et, par extension, pour une sorte de Kiosque, par exemple de parfum, de montres, ou de confiserie, installé dans un hôtel, un grand magasin, une grande surface, un*

---

<sup>53</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>54</sup> G. Amédée Manesme, « le contrat de corner », *RJ com.* 1983, p. 41 s.

<sup>55</sup> Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », *op. cit.*

aéroport<sup>56</sup> ou un port, au milieu de comptoirs d'articles (ou de service, par exemple de location de voitures) concurrents opposant d'autres marques<sup>57</sup> ».

Toutefois, la franchise de comptoir constitue plus une forme de pratique de franchise qu'un type de franchise à proprement dit. Selon l'auteur : « *la franchise de comptoir n'est pas tant une variété supplémentaire de franchise qu'une modalité pratique de son fonctionnement*<sup>58</sup> ». La franchise de comptoir constitue la solution extraordinaire pour le développement de certains secteurs. En effet, l'ouverture de plusieurs points de vente dans différents magasins permet la valorisation du concept franchisé. Ainsi, la société « *Cacharel-chemiserie* » était passée, grâce à cette méthode, de 9 franchisés en 1987 à 147 en 1992<sup>59</sup>. Mais, dans ce cadre se pose la question du savoir faire transmis (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Le savoir-faire dans la franchise de comptoir**

Comme dans toute franchise, le franchiseur doit avoir mis au point un savoir-faire expérimenté, dans ce cas il s'agit d'un « savoir-faire de comptoir ». Mais dans la franchise de stand, la pratique a démontré que, le savoir-faire et l'assistance apportée par le franchiseur à son franchisé, sont limités dans l'espace<sup>60</sup>. Par conséquent, le franchisé n'est pas tenu de verser un droit d'entrée et ses redevances sont moins importantes<sup>61</sup>.

Par ailleurs, la franchise de comptoir présente un avantage pour le franchisé, à propos, ce dernier n'aura à financer qu'un stand et pas tout le magasin, son investissement sera, donc, moins lourd que dans une franchise classique ou traditionnelle où dès fois le capital des investisseurs est la principale cause d'engagement (**Paragraphe V**).

---

<sup>56</sup> Dans ce cas, l'installation du franchisé est soumise à un appel d'offres public, (Ph. Le Tourneau, *op. cit.*)

<sup>57</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>60</sup> D. Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », *op. cit.*

<sup>61</sup> D. Ferrier, « la Distribution sélective : deux alternatives de substitution », *JCP E* 1993, Cah. Droit des entreprises, n°1.

## **Paragraphe V : La franchise financière.**

La question qui se pose ici est celle de savoir si la définition de la franchise financière (**Sous-Paragraphe 1**), porte sur la nature du savoir faire transmise dans le cadre d'un contrat de franchise financière (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition de la franchise financière.**

La franchise financière peut être définie comme un mode d'application du contrat de franchise qui repose sur la dissociation des fonctions d'investissement et de gestion<sup>62</sup>. Ainsi, la définition de la franchise financière, ne porte pas sur la nature du savoir-faire transmis, mais sur la manière dont la franchise est mise en œuvre.

La franchise financière est fréquente dans les activités qui nécessitent de lourds investissements, notamment dans l'hôtellerie et la restauration. En effet, la franchise financière permet au franchiseur, qui éprouve des difficultés financières, à confier le financement de son projet à des investisseurs (franchisés), et la gestion de l'établissement à des personnes compétentes, qui ne disposant pas de fonds suffisants.

La complexité du contrat de franchise financière nous mène à faire la distinction entre deux formes de contrats. La distinction va s'opérer sur le critère de séparation entre le franchisage et la gestion de l'entreprise (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Le savoir-faire dans la franchise financière**

La première forme de franchise financière suppose la séparation entre la gestion de l'entreprise et le franchisage. Dans ce cas de figure, un local est consenti à bail soit au franchiseur ou soit au franchisé. Le bailleur (l'investisseur) va se contenter donc d'être

---

<sup>62</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*

propriétaire des murs et ne peut être considéré comme franchisé<sup>63</sup>. Ainsi, la validité du contrat de franchisage ne fait pas de doute, et nous pourrions imaginer la transmission du savoir-faire comme dans un contrat de franchise classique.

La deuxième forme de franchise financière suppose que l'investisseur est propriétaire de l'intégralité de l'établissement dont il n'assume pas la gestion (car celle-ci est confiée à un mandataire qui est désigné soit par l'investisseur soit, par proposition du franchiseur). Ainsi, un seul contrat pour assurer la gestion de l'entreprise et le franchisage.

La question dans ce cas est de savoir si les éléments du contrat de franchise sont présents ? Pour répondre à cette question deux suppositions s'imposent :

- Si le mandataire désigné pour la gestion de l'entreprise est un tiers (au franchisé et au franchiseur), la question de la qualification du contrat de franchise ne se posera pas, car il y a tous les éléments de qualification du contrat de franchise, y compris la communication du savoir-faire et l'assistance.
- En revanche, si le mandataire est le franchiseur, autrement dit, le franchiseur lui-même qui assure la gestion de l'entreprise, la qualification du franchisage est douteuse car, il n'y aura dans ce cas ni transmission du savoir-faire ni assistance.

Il s'avère donc enfin que la notion de franchise sert à de multiples applications qui se distinguent les unes des autres soit selon leurs objets et leurs secteurs d'activité, tels est le cas notamment de la franchise industrielle ou de production, de la franchise de distribution des produits, de la franchise de service...etc., ou soit selon leurs structures qui impliquent une organisation très particulière, à savoir la franchise dite « *mixte* » et la franchise « *pur* » (**Section II**).

---

<sup>63</sup>F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit*

## Section II - Les différentes franchises selon leurs formes organisationnelles.

Dans cette partie on va étudier deux types de franchisage classés selon leurs formes organisationnelles : « *un franchisage mixte* » (**Paragraphe I**) et « *un franchisage pur* » (**Paragraphe II**).

### *Paragraphe I : La franchise dite « mixte ».*

Ce genre de réseau de franchise se base principalement sur des contrats de franchise et sur des succursales, mais, il pourra se basé aussi sur d'autres types de contrats de distribution<sup>64</sup>. Pour s'assurer de l'importance de ces réseaux de franchisage mixte, des auteurs comme Th. Penard, E. Raynaud et S. Saussier ce sont penchés sur cette question et ils ont été amenés à pratiquer des analyses expérimentales dans différents pays du monde et dans lesquelles ils ont pu constater que parmi les points positifs de ce genre de franchise c'est qu'il offre la possibilité aux franchiseurs de réduire les coûts relatifs au contrôle de la mise en œuvre du savoir faire par le franchisé.

Par ailleurs, ces analyses ont démontrées également que ce genre de franchise mixte permet au franchisé d'avoir un moyen de pression contre le franchiseur, surtout dans le cas où celui-ci avait participé à l'ouverture de l'entreprise franchisée et que dans le cadre d'une éventuelle résiliation du contrat de franchise pour manquement aux obligations du franchisé, cela pourra aboutir à une perte pour le franchiseur.

De surcroit, d'autres auteurs comme Charles Jourdan, pensent que ce genre de réseau de franchisage mixte permet d'établir « *une saine émulation* »<sup>65</sup>. En effet, cela veut dire que le franchiseur dispose d'un moyen de contrôle sur le franchisé, surtout en matière des services fournis par ce celui-ci, surtout en cas de présence des deux entreprises l'une à proximité de l'autre<sup>66</sup>. En effet, selon ces mêmes analyses effectuées par Th. Penard, E. Raynaud et S. Saussier, cela peut provoquer un mouvement favorable à l'ensemble du réseau de franchise, puisque les prestations fournies par les uns et les autres, sans parler des contrôles

---

<sup>64</sup>F. L. Simon, « théorie et pratique de la franchise », *op, cit*, P.52.

<sup>65</sup> Charles Jourdan, 2 déc. 1988, *JOCE* n° L. 35 du 7 févr. 1989, pt. n° 42.

<sup>66</sup> Il faut souligner ici qu'il s'agit de deux entreprises : l'une succursale, l'autre commerçant indépendant franchisé.



régulier des franchiseurs, visant à s'assurer de la qualité du service, peut largement participer à donner une image favorable de l'enseigne, ce qui provoque par conséquent une nette augmentation des ventes profitant à la fois aux franchiseurs et aux franchisés.

D'ailleurs, l'augmentation des ventes liées à l'excellence du service, peut pousser les deux parties, à savoir les franchiseurs et les franchisés à travailler encore plus et à mettre toutes leurs efforts et énergies pour attirer plus de clientèles et augmenter par conséquent leurs chiffres d'affaires.

Par ailleurs, les réseaux de franchise « *mixte* » sont tout à fait légaux vis-à-vis du droit français de la concurrence, mais aussi, vis-à-vis du droit communautaire, mais, à condition qu'ils ne doivent pas être le théâtre de discrimination entre les distributeurs et les succursales, c'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 juin 2001.

En l'espèce, dans sa décision du 6 janvier 2001, le Conseil Français de la Concurrence (CFC) avait estimé, après avoir examiné les pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie par la *Société SEIKO France*, distributeur exclusif en France des produits de la marque *SEIKO*, qu'il n'était pas établi que la *Société SEIKO France* avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce. Par ailleurs, la Cour a rappelé qu' : « *un fournisseur peut faire coexister au sein de son réseau de distribution plusieurs catégories de distributeurs, dès lors qu'il n'existe aucune discrimination de nature anticoncurrentielle à l'intérieur de chaque catégorie* » et que : « *celles-ci permettent aux consommateurs de bénéficier d'offres diversifiées* ».

En effet, elle considère au cas d'espèce que : « *les distributeurs agréés étant astreints à des sujétions auxquelles échappent les distributeurs non agréés, les situations ne sont pas équivalentes, de sorte que le moyen tiré de la discrimination n'est pas fondé* ». En outre, elle a également considéré que : « *la requérante n'a pas apporté la preuve de la*

*position dominante de SEIKO sur le marché de l'horlogerie, ni de sa propre dépendance économique vis-à-vis de cette même entreprise »<sup>67</sup>.*

En fin, après avoir étudié la question des franchisages mixtes, on va passer dès à présent à l'étude de d'autres réseaux de franchise classées eux aussi selon leurs formes organisationnelles, comme c'est le cas par exemple des réseaux de « *franchisage pure* » (**Paragraphe II**).

### ***Paragraphe II : La franchise dite « pure ».***

La franchise dite « *pure* » est la formule la plus achevée des formes de commerce associé, car en effet le contrat de franchise repose sur la concession d'une marque adossée à la transmission effective d'un savoir-faire et au contrôle de la bonne mise en œuvre du concept. Par ailleurs, le contrat signé entre les différentes parties est un contrat d'adhésion, dont la durée est limitée dans le temps avec une éventuelle possibilité de le renouveler.

Ce contrat engage les parties et donne naissance à des droits et des obligations pour chacun des associés : pour le franchiseur, il s'agit de l'obligation de mettre à disposition du franchisé trois éléments : l'enseigne, le savoir-faire et un devoir de contrôle vis-à-vis du franchisé. Pour le franchisé, il s'agit de l'obligation d'exploiter le concept proposé dans le respect des conditions exigées par le franchiseur et d'accepter de se soumettre aux différents contrôles effectués par le franchiseur.

Le fait que le franchiseur mis à la disposition du franchisé un certains tous ces éléments avec en plus la notoriété attenante, peut légitimer le paiement par le franchisé d'une redevance qui sera l'un des éléments principaux de rémunération du franchiseur. Ainsi, au cours de l'exécution du contrat, des redevances ou royalties<sup>68</sup>, indexées sur le chiffre

---

<sup>67</sup> Cet arrêt a été rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 juin 2001, *Juris-Data* n° 151175, *Les Petites Affiches*, 1<sup>er</sup> nov. 2001, n° .218, p. 9, obs. P. Arhel.

<sup>68</sup> Il faut souligner que ces redevances doivent permettre au franchiseur d'assurer une assistance continue tout au long du contrat, ainsi que contribuer au développement et au renouvellement du concept. Des redevances de

d'affaire, sont versées par le franchisé au franchiseur. D'ailleurs, en contre partie du paiement de ces redevances, le franchisé en tant que membre d'un réseau bénéficie d'un concept sure et éprouvé, puisque le franchiseur est tenu de démontrer et de prouver la réussite commerciale de son concept, de la notoriété de l'enseigne, et d'une assistance continue.

Il faut souligner enfin que dans le cadre des réseaux de franchisage « pur » deux particularités très importantes sont indispensables à savoir : la première est que ce genre de réseau est totalement basé sur des contrats de franchise et la deuxième c'est que le franchiseur ne dispose d'aucune succursale de son entreprise<sup>69</sup>.

Par ailleurs, contrairement au franchisage « mixte », le genre franchisage « purs » à l'avantage de permettre d'éviter tous les dangers liés à l'inégalité de traitement entre les succursales et les franchisés. En plus, ce genre de franchisage permet également d'économiser considérablement les coûts relatifs à l'ouverture de nouvelles succursales de l'entreprise, puisque le développement de l'entreprise est réalisé par le seul intermédiaire du contrat de franchise.

Enfin, voici quelques statistiques démontrant l'évolution de la franchise en France, en Europe et à l'international, et plus spécialement le développement du nombre de franchisés, de franchiseurs et du chiffre d'affaire<sup>70</sup>.

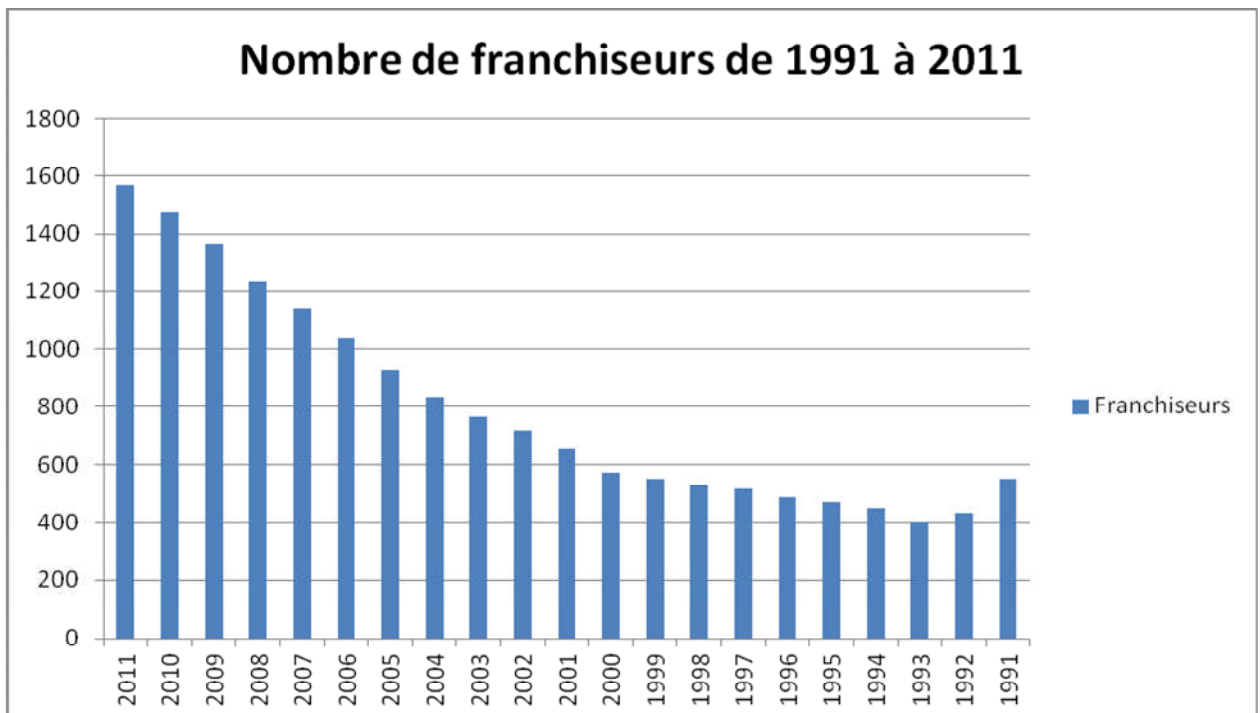
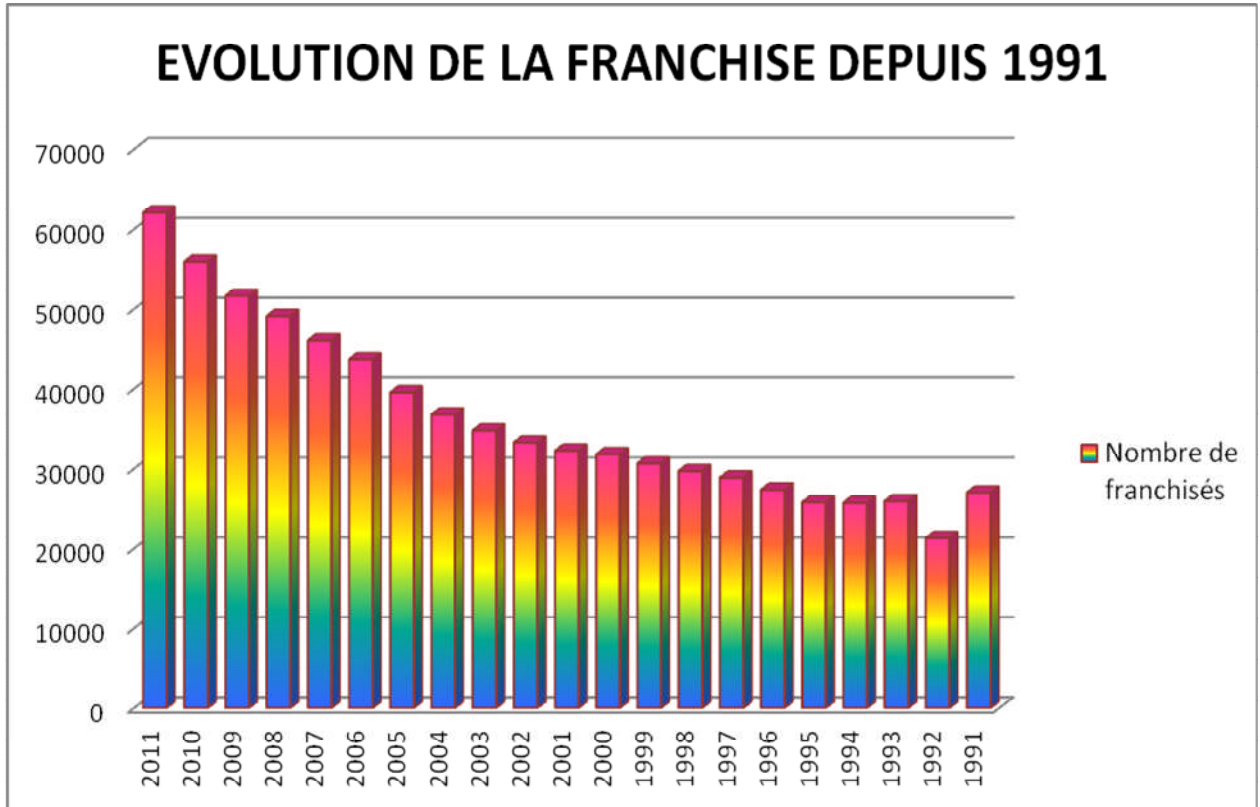
---

publicité sont également demandées au franchisé, pour que soit développée la notoriété de l'enseigne et favoriser par conséquent l'activité du franchisé.

<sup>69</sup> Ces réseaux de franchisage « purs » sont pour la plupart relatifs aux services à la personne et pour avoir une idée sur l'évolution de ce genre de franchisage en France et à l'international, veuillez vous référer aux statistiques relatives à l'évolution de la franchise par secteur d'activités 2011.

<sup>70</sup> Il faut souligner que les graphiques figurant sur ces statistiques ont été réalisés par moi-même, à partir des chiffres fournis par la FFF sur son site : [www.franchise-FFF.com](http://www.franchise-FFF.com)

# Statistiques démontrant l'évolution de la franchise en France et en Europe



## **Ces statistiques démontrent l'évolution de la franchise en France de 1991 jusqu'en 2011<sup>71</sup> :**

Entre 1991 et 2011, le nombre de franchisés en France s'est beaucoup développé pour passer de 27 000 franchisés en 1991 à 62041 franchisés en 2011. Par ailleurs, sur cette même période, on dénombrait 550 franchiseurs pour un total de 27 000 franchisés pour 1991, et 1569 franchiseurs pour 62041 franchisés en 2011.

Cependant, le nombre de franchisés va beaucoup diminuer de 1992 à 1995, pour atteindre 21300 franchiseurs en 1992, 25900 en 1993, 25700 en 1994 et 25750 en 1995. Il faudra attendre 1996 pour voir le nombre de franchisé augmenté d'une manière significative pour atteindre 27357. Cette évolution va se poursuivre d'année en année pour atteindre un chiffre total de 62041 franchisés en 2011. Par ailleurs, durant cette même période, c'est-à-dire de 1991 à 2011, le nombre de franchiseur n'a pas cessé lui aussi d'augmenter pour passer de seulement 550 franchiseurs en 1991 à 1 472 en 2011.

En 2007, une nouvelle fois, le nombre de franchiseur augmente d'une centaine et la France comptabilise alors 1141 franchiseurs. Pour le nombre de franchisés, une bonne baisse dans l'augmentation par rapport aux chiffres de l'année précédente, pour moins de 2 500 franchisés en plus soit 45 996. Et enfin, un CA qui grimpe régulièrement à 47,7 milliards.

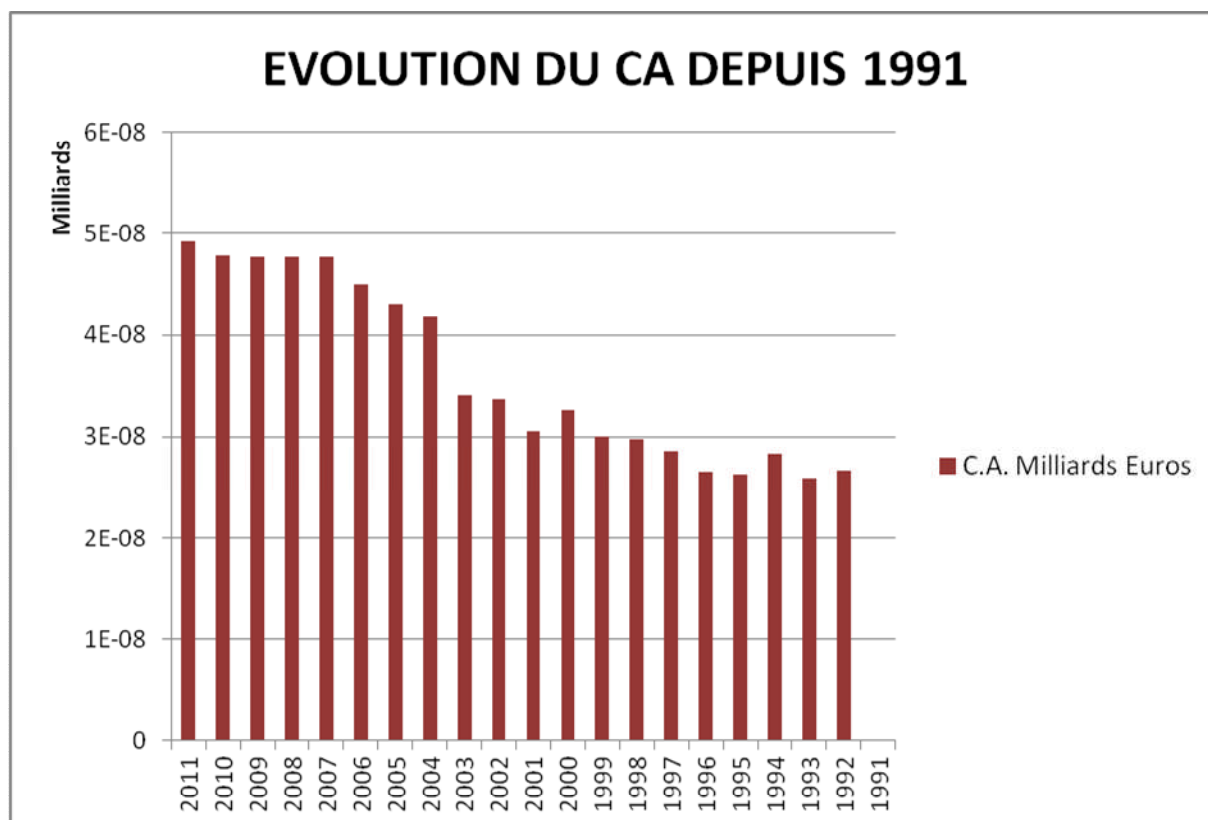
L'année 2008, ce fut une année assez décevante, car même si le nombre de franchiseurs a augmenté comme chaque année d'une centaine soit 1 234, et que le nombre de franchisés a augmenté d'environ 3 000 pour arriver à 49 094, le chiffre d'affaire n'a pas bougé et s'est resté « stagné » à 47,7 milliards.

Les derniers chiffres s'arrêtent en 2011 et, encore une fois, plus d'une centaine de franchiseurs ont débarqués sur le marché pour un total de 1 569, et le nombre de franchisés a lui aussi augmenté de manière "significative" avec un total de 62041.

---

<sup>71</sup>Source : [www.franchise-FFF.com](http://www.franchise-FFF.com)

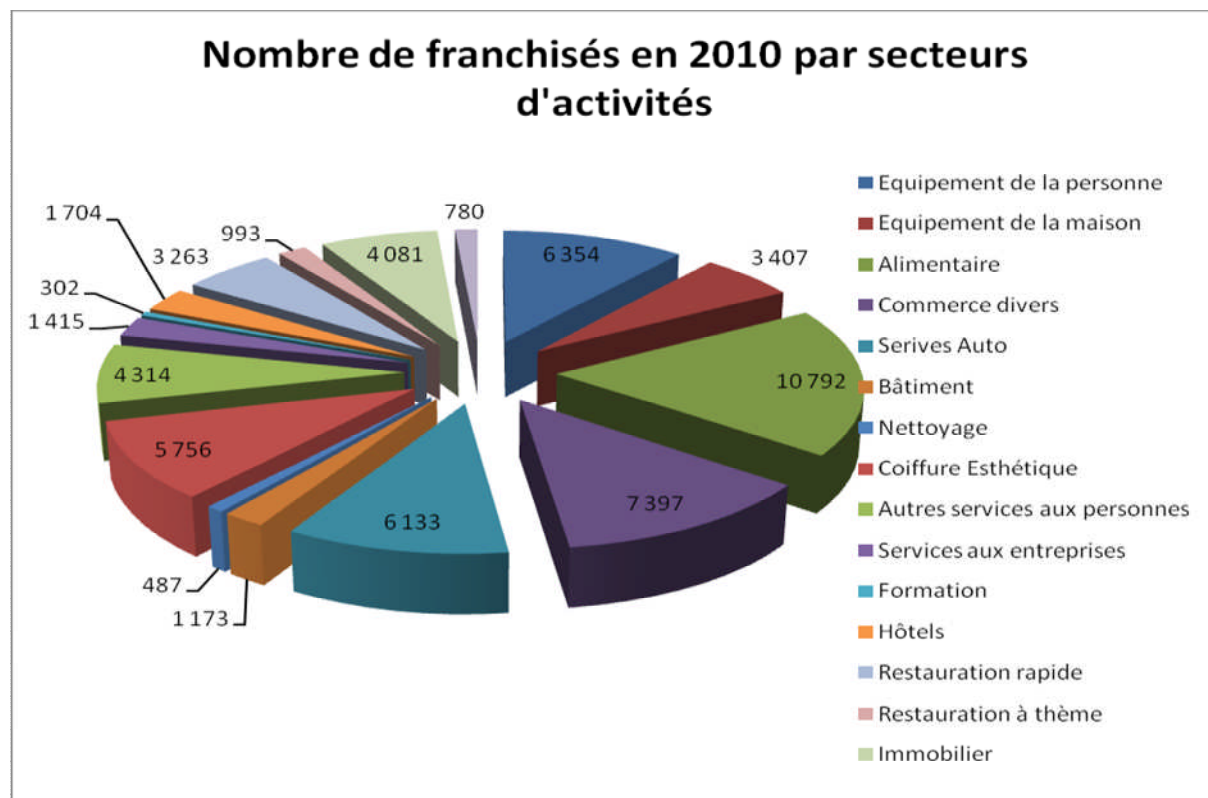
De surcroît, cette augmentation du nombre des franchiseurs et des franchisés s'est accompagnée d'une nette augmentation du chiffre d'affaire.



En dix ans, de 1991 à 2011 le chiffre d'affaires dégagé par la franchise en France est passé de 30,5 à 49,24 milliards d'euros, selon une constante progression, sans prendre en considération la stagnation des années 2007-2009. En effet, cet excellent résultat est une preuve du succès des réseaux de franchise en France, qui malgré la frilosité de certains établissements bancaires vis-à-vis du monde de l'entreprise en général, poursuivent quant eux leur croissance (l'emprunt représente près de 60% du financement total).

Le poids lourd des secteurs d'activité en terme de CA est de loin celui de l'alimentaire, avec un résultat de près de 40% du CA total des réseaux de franchise. Si l'on s'intéresse au chiffre d'affaires moyen du franchisé (tous secteurs confondus), depuis deux ans

il dépasse les 500 000€ annuels ; en 2011, il était même en progression et atteignait 520 000 euros<sup>72</sup>.

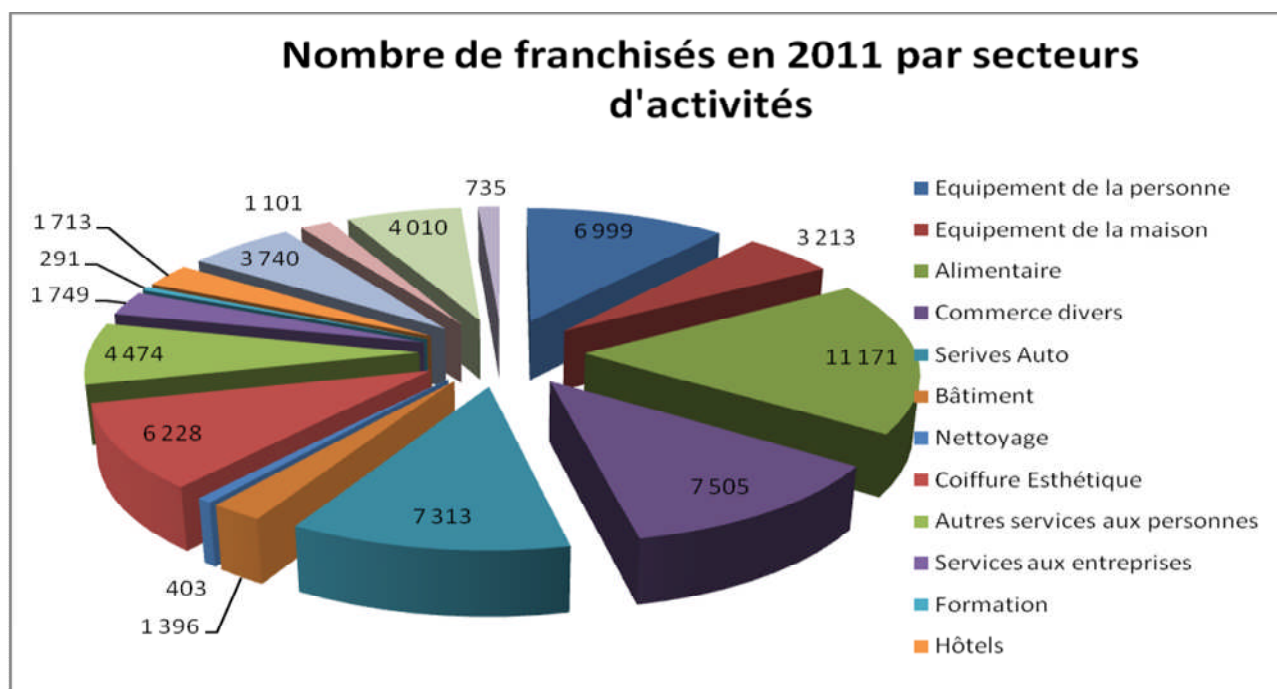


En 2010, les statistiques qui ont été réalisés par rapport au réseau de franchisés par secteurs d'activités démontrent qu'un certains nombres de secteurs dite « *historique* », restent pérennes avec des tendances plus récentes qui se confirment. En effet, ces statistiques démontrent que la franchise s'est essentiellement développée dans le secteur de l'équipement de la personne et de la maison, de l'alimentaire, du commerce divers et du service Auto. Ces secteurs occupent encore aujourd'hui une place très importante dans le poids économique de la franchise, avec des réseaux très développés qui restent dynamiques, et qui sont rejoints chaque année par de nouveaux acteurs.

Ces différents secteurs représentent plus de 60 % du chiffre d'affaires de la franchise en 2010. Plus précisément en 2010, alors que l'équipement de la personne a été

<sup>72</sup> [www.franchiseurope.com](http://www.franchiseurope.com)

marqué par une baisse du nombre de franchisés, malgré l'apparition de nouveaux réseaux, les enseignes et les points de vente franchisés de la restauration rapide, ont marqués une progression de plus de 14,4% de réseaux et de plus de 10,7% de franchisés en 2010 par rapport à 2009- et le commerce alimentaire a marqué une progression de plus de 6,7% de réseaux et de plus de 22,5 % de franchisés en 2010 par rapport à 2009. Cela prouve que ces secteurs connaissent une croissance continue depuis plusieurs années. En parallèle, la forte poussée des services aux personnes observée depuis 2001 se poursuit avec plus de 3% de réseaux de franchise et plus de 18,3% de franchisés en 2010<sup>73</sup>.

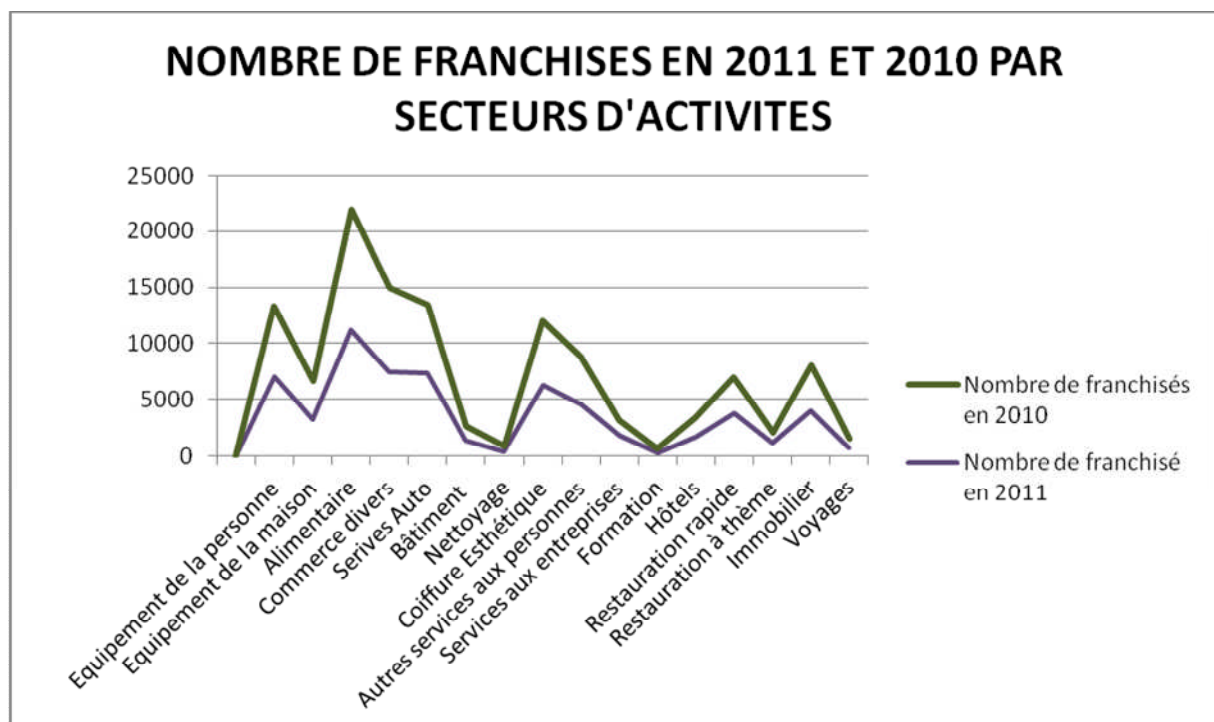
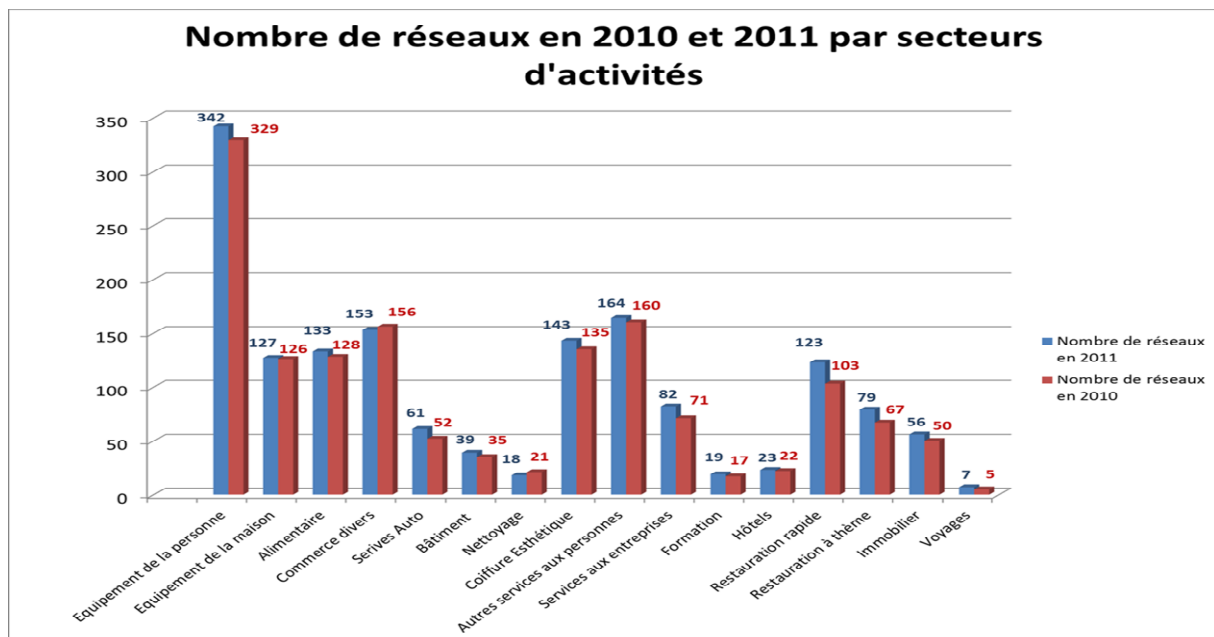


En 2011, la tendance est confirmée par l'évolution de la franchise dans différents secteurs, comme c'est le cas par exemple du secteur de l'équipement à la personne qui passe de 6354 réseau de franchise en 2010 à 6999 réseau en 2011, ce qui montre qu'une centaine de nouveaux franchisés ont fait leurs apparitions- en à peine un an- dans ce secteur d'activité.

<sup>73</sup> Source : [www.franchise-FFF.com](http://www.franchise-FFF.com)

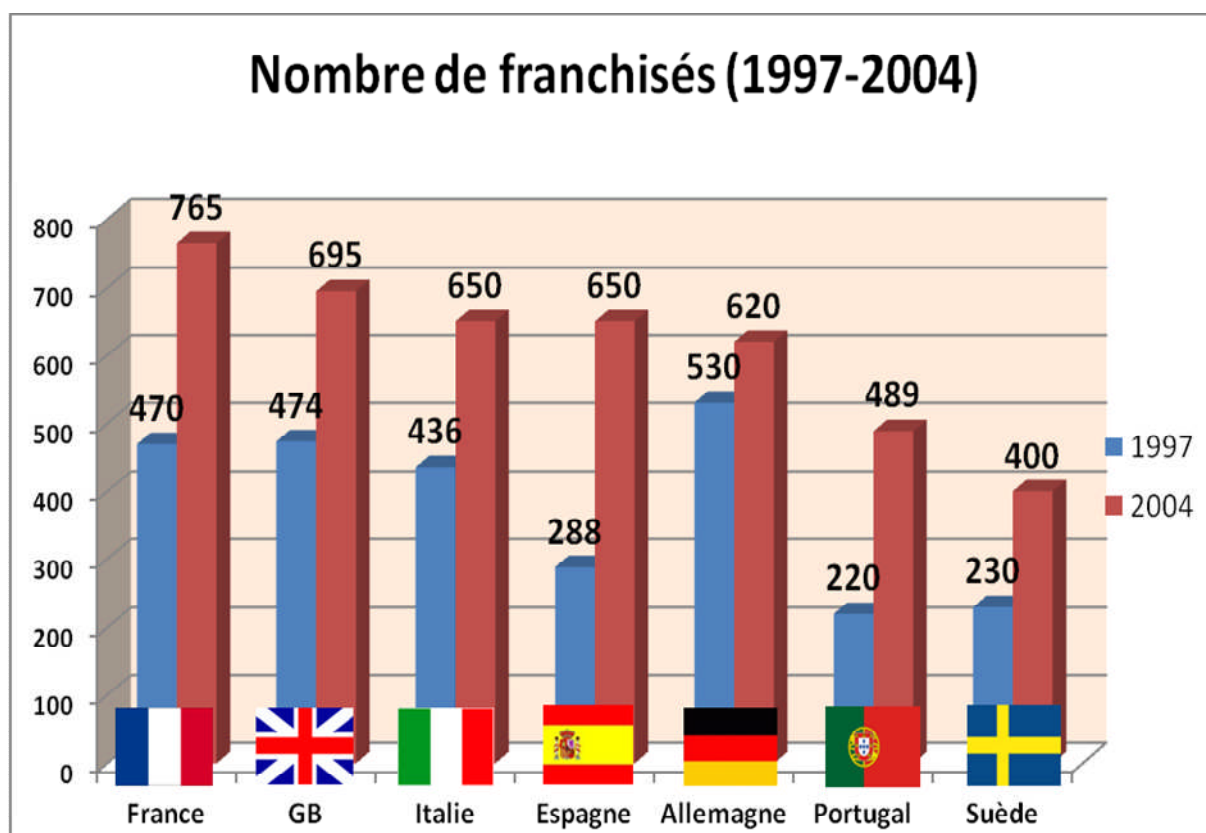


Mais, l'évolution la plus marquante reste celle qui a touché le secteur de l'alimentaire qui a marqué une nette progression, pour passer de 10792 en 2010 à 11171 en 2011.



Il s'avère donc que le nombre de réseaux de franchisé par secteur d'activité est en nette progression entre 2010 et 2011, mais le secteur de l'équipement de la personne reste le secteur qui a connu le plus grand nombre de franchisés par rapport aux autres secteurs d'activités.

### Nombre des réseaux de franchisés dans les pays européens entre 1997 et 2004



Le modèle de la franchise se développe fortement dans toutes les régions du globe, incluant les économies en développement de l'Asie Centrale, de l'Europe de l'Est et de l'Amérique du Sud, représentées au WFC (World Franchise Council). Créé par les Fédérations nationales de la franchise en 1994, le WFC est une fédération de la franchise internationale qui réunit 41 associations nationales de la franchise, soit près de 30500 enseignes et plus de 2.5 millions de points de vente en franchise, le WFC a pour but

d'informer des évolutions et de représenter la franchise auprès des instances économiques internationales<sup>74</sup>.

La franchise dans l'Union Européenne est bien partie pour continuer son développement positif. En effet, les 27 pays qui composent l'Union Européenne représentent un marché de plus de 490 millions de consommateurs, malgré le fait que la plupart des franchises implantées dans l'Union Européenne soient d'origine européenne, de nombreuses sociétés américaines pensent à se développer et à s'implanter en Europe dans les prochaines années à venir.

Par ailleurs, La Fédération Européenne de la Franchise montrent que plus de 9000 enseignes opèrent en Europe. Un chiffre à rapporter aux 2200 réseaux existants aux Etats Unis, aux 4000 en Chine, aux 1200 au Canada, aux 1600 au Brésil et aux 1000 en Australie. Autrement dit, l'Europe, à elle seule dispose d'autant d'enseignes que l'ensemble des principaux marchés économiques mondiaux réunis. Ces chiffres témoignent ainsi du dynamisme des tissus d'entrepreneurs européens et de leur capacité à innover en proposant de nouveaux concepts. De surcroît, près d'un tiers des franchiseurs américains considère que le futur potentiel d'une expansion dans l'UE sera « *exceptionnel* ».

Selon une recherche du Centre de Franchise International William Rosenberg à l'université du New Hampshire, 66% des franchiseurs américains qui ne sont pas implantés en Europe comptent se développer dans l'UE. L'Europe de l'Ouest est en tête de l'UE concernant les ventes et dépasse l'Amérique du Nord. Les revenus commerciaux dans l'UE ont dépassé les mille milliards de dollars (750 milliards d'Euros) sur les 10 dernières années<sup>75</sup>.

D'ailleurs, la franchise en France est au 1<sup>er</sup> rang européen avec ses 1477 réseaux de franchise. En effet, la France a le mérite d'avoir su développer ses propres réseaux à l'étranger, alors qu'il n'existe que 15% de franchiseurs étrangers en France. Plus de 25% des enseignes françaises sont exportatrices. La franchise apparaît ainsi comme un formidable vecteur à l'exportation, plus solide qu'une exportation traditionnelle.

---

<sup>74</sup> [www.franchise.org](http://www.franchise.org)

<sup>75</sup> [www.eff-franchise.com](http://www.eff-franchise.com)

**PREMIÈRE PARTIE**  
**LA DÉLIMITATION DU CONTRAT DE FRANCHISE ET LA**  
**NOTION DE SAVOIR FAIRE**

- **CHAPITRE I : La délimitation et la formation du contrat de franchise.**
  
- **CHAPITRE II : La délimitation de la notion du savoir faire**

## Première Partie :

### La délimitation du contrat de franchise et la notion de savoir faire.

Bien qu'apparue en France dans la première partie du XXe siècle<sup>76</sup>, la franchise ne s'y est vraiment développée qu'à partir des années 1970, et n'a connu un véritable essor que dans les années 1980<sup>77</sup>. La franchise a été créée par la pratique pour répondre à des besoins nouveaux nés du développement économique et sociale<sup>78</sup>. L'utilité économique est la cause et en même temps la justification de cette création<sup>79</sup>. En effet, la franchise n'est encadrée par aucun texte particulier. Ainsi, la franchise en France ne fait l'objet d'aucune loi spécifique. Pour des raisons économiques notamment « *le libre développement* », les professionnels se sentent toujours opposés à la réglementation spécifique de la franchise, arguant ainsi que l'avantage de ce système réside en particulier dans l'encouragement d'un certain dynamisme commerciale.

Par ailleurs, des auteurs justifiaient cette absence de réglementation propre au contrat de franchise par le fait que le droit dit « des contrats spéciaux » nourrit le droit commun des contrats et l'enrichit par de nombreux aspects originaux<sup>80</sup>. En outre, le droit commun des obligations, les usages commerciaux, auquel s'ajoute l'apport jurisprudentiel donne dans l'ensemble une satisfaction certaine, il serait donc superflu d'établir un statut légal de la franchise<sup>81</sup>, qui de surcroît, pourrait présenter des inconvénients notamment ceux relatifs à la fuite vers une nouvelle forme contractuelle, pour échapper aux règles plus contraignantes.

---

<sup>76</sup> Jean Marie Leloup, « La franchise, droit et pratique », *Delmas 4<sup>e</sup> édition*, 2004.

<sup>77</sup> J.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *Joly éditions*, 2009.

<sup>78</sup> Dans ce cadre, des auteurs comme F. Pessoa estime que : « *ce qui est sûr c'est qu'aujourd'hui, et principalement dans les pays les plus avancés matériellement, il devient de plus en plus difficile d'exercer longtemps et avec profit un commerce, si on ne le pratique pas comme si c'était une industrie, en recourant complètement à l'étude, à la « science » et à la systématisation...Il est courant, aux Etats-Unis d'Amérique, que les industries renoncent totalement à l'activité commerciale et confient la vente des articles qu'elles fabriquent à des distributeurs nationaux ou des exportateurs. Tout cela met en évidence l'esprit qui règne de nos jours dans le commerce. Nous ne savons pas si c'est un progrès - car en vérité on ne sais pas au juste ce qu'est le progrès -, mais il est hors de doute que le commerce, exercé de cette manière, est bien plus profitable, bien plus intéressant, et même bien plus simple* ».

<sup>79</sup> Ph. Le Tourneau, « Contrats de franchisage », *éd. Litec*, 2007.

<sup>80</sup> Ph. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in Mélanges P. Raynaud, *Dalloz* 1985, p. 49 et s., il cite en ce sens, L. Cadiet, « Interrogation sur le droit contemporain des contrats », in le droit contemporain des contrats, *Economica*, 1987, p. 7 s.

<sup>81</sup> Ph. Le Tourneau, « Contrats de franchisage », *op. cit.* Il cite en ce sens, Lebreton, « L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes », étude particulière au contrat de distribution, *Litec*. 2002.

En ce sens, un autre auteur<sup>82</sup> a estimé que le fait de soumettre la franchise à un régime spécial serait inutile, dans la mesure où le droit commun suffit à régler les litiges de manière satisfaisante, en outre un régime trop strict pourrait être dangereux en raison notamment, des tendances prévisibles des contractants à utiliser d'autres cadres contractuels en vue d'échapper à un régime trop strict.

Cependant, si aucune définition exhaustive de la franchise n'existe au regard du droit français, le droit européen qui prime sur le droit interne, pallie cette lacune. Ainsi deux textes européens : le règlement d'exemption franchise du 30 novembre 1988, remplacé par la suite par le règlement du 22 décembre 1999 de la commission<sup>83</sup>, ont défini le contrat de franchise (**Chapitre I**).

La franchise est un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchiseés, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide des signes de ralliement de sa 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 franchiseé diligent de faire des affaires raisonnables<sup>84</sup>.

Cette définition permet de caractériser la franchise par trois éléments que sont : le droit pour le franchiseé d'utiliser une enseigne, un nom commercial ou une marque, la communication au franchiseé d'un savoir faire qui doit lui conférer un privilège concurrentiel et une assistance technique permettant au franchiseé de mettre en œuvre ce savoir-faire.

---

<sup>82</sup> F. L. Simon, « théorie et pratique de la franchise », *op. cit.*, qui cite en ce sens Ph. LE Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. Cit.* ; F.-X Licari, « La protection du distributeur intégré en droit français et allemand », *Litec*, 2002 ; S. Lebreton, « l'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, étude particulière aux contrats de distribution », *Litec*, 2002, n°7 bis.

<sup>83</sup> Règlement CEE n°4087/88 du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85-3 du traité à des catégories de franchise, JOCE du 28 déc. 1988, remplacé aujourd'hui par le règlement CE n° 2790/1999 du 22 déc. 1999, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE législation*, n° L.336, du 29 déc. 1999.

<sup>84</sup> Jean Marie Leloup, « La franchise, droit et pratique », *Delmas 4<sup>e</sup> édition*, 2004.

Le contrat de franchisage comprend donc une communication de savoir faire comme élément primordial et déterminant. Une franchise ne peut se concevoir que dans le but d'une répétition de réussite commerciale. Cette réussite doit être la résultante d'un élément essentiel de la franchise qui est le savoir faire. Il ne peut y avoir donc de franchise sans mise à disposition ou transmission d'un savoir-faire du franchiseur au franchisé C'est une clause important du contrat de base (**Chapitre II**).

## Chapitre I :

### La délimitation et la formation du contrat de franchise

La problématique des critères d'identification du contrat de franchise occupe une place récurrente dans la jurisprudence, dès lors que, par application de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, le juge doit « *donner ou restituer leur exacte qualification* » aux actes juridiques qui lui sont soumis, en recherchant la commune intention des parties. Alors que ni la loi *Doubin*, ni le décret pris pour son application, ne donnent de définition du contrat de franchise, celle-ci résulte tant de l'article 2.5 des lignes directrices sur les restrictions verticales complétant le règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, que de l'article 1<sup>er</sup> du Code de déontologie européen de la franchise (**Section I**).

Par ailleurs, la jurisprudence fait la distinction entre le contrat de franchise et d'autres types de contrats. Ainsi, la Cour d'appel de Poitiers considère dans son arrêt du 13 septembre 2005 que : « *le contrat de franchise se distingue des autres contrats notamment des contrats-cadres de distribution par la réunion de trois obligations essentielles : l'utilisation du nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens, la communication par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire, la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord* »<sup>85</sup> (**Section II**).

En outre, pour qu'un contrat puisse se former valablement, il faut que les parties aient donné un consentement libre et éclairé au moment de sa signature. Cette exigence est d'autant plus importante que la franchise est un contrat d'adhésion dont le contenu est prédéterminé par le franchiseur. Bien souvent, les franchiseurs font espérer aux futurs franchisés de très bons résultats. La réalité est souvent différente et beaucoup de franchisés ont ainsi été ruinés pour s'être engagés à vendre des produits ou concepts qui n'étaient en réalité pas novateurs. L'objectif d'éviter de tels abus et de favoriser l'information précontractuelle du franchisé explique que la loi Doubin codifiée à l'article L.330-3 du Code de commerce, ait établi une obligation préalable d'information à la charge du franchiseur. Le

---

<sup>85</sup>Cet arrêt a été rendu par la Cour d'appel de Poitiers, le 13 septembre 2005, *Juris-Data*, n° 287162.



contrat de franchise doit également respecter les conditions de formation des contrats exigées par le Code civil : il doit avoir une cause licite et réelle qui s'entend comme l'exigence de contrepartie aux obligations du franchisé, ainsi qu'un objet déterminé (**Section III**).

## **Section I :**

### **La définition et les caractères du contrat de franchise.**

Il existe deux types de définitions du contrat de franchise, une définition légale donnée à la fois par le droit interne (**Paragraphe I**), ou par le droit communautaire (**Paragraphe II**). D'autres définitions existent et qui sont données à la fois par la doctrine et par la jurisprudence (**Paragraphe III**). Le fait d'aborder la question des définitions du contrat de franchise va nous permettre de déterminer les caractères de celui-ci (**Paragraphe IV**).

#### **Paragraphe I : La définition du contrat de franchise en droit national.**

Cette définition du contrat de franchise comprend trois éléments : d'une part, l'arrêté du 21 février 1991 (**Sous-Paragraphe 1**), d'autre part, la loi dite « *Doubin* » du 31 décembre 1989 (**Sous-Paragraphe 2**), et enfin l'article L. 330-3 du Code de commerce (**Sous-Paragraphe 2**).

##### **Sous-Paragraphe 1 : L'arrêté « *Neiertz* » du 21 février 1991.**

L'arrêté ministériel du 21 fév. 1991<sup>86</sup>, relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise, est considéré comme le premier texte qui utilise expressément le terme franchise, après la francisation du terme « franchising » ou « franchisage » par l'arrêt » du 29 décembre 1973.

---

<sup>86</sup> Arrêté « *Neiertz* » du 21 fév. 1991, *JO*, 1<sup>er</sup> mars 1991, p. 2963.

Ainsi, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de cet arrêté, abrogé depuis 2009 par l'arrêté du 14 janvier 2009 : « *Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, doit informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, ainsi qu'à l'intérieur et l'extérieur du point de vente* ».

D'ailleurs, l'arrêté du 21 février 1991 s'applique à tous les franchisés indépendants. En effet, le franchisé doit faire apparaître la notion d'indépendance dans son information pour le consommateur. En outre, les mentions « commerçant indépendant », « commerce indépendant », « entreprise indépendants » ou « franchisé indépendant » doivent accompagner le nom ou la raison sociale du franchisé<sup>87</sup>.

Par ailleurs, les mentions indiquant l'indépendance et le nom social du franchisé doivent figurer cumulativement dans le contrat de franchise et:

- Sur l'ensemble des documents d'information remis au consommateur (documents publicitaire, bons de commande, factures...).
- A l'intérieur du lieu de vente.
- A l'extérieur du lieu de vente (par exemple sur la vitrine du magasin).

Néanmoins, le non respect de cette obligation n'a pas été sanctionné par l'arrêté<sup>88</sup>. Mais, il faut souligner que d'autres dispositions sont prévues dans ce sens par la loi dite « *Doubin* » (**Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : La loi dite « *Doubin* » du 31 décembre 1989.**

La loi du 31 décembre 1989, dite loi « *Doubin* » du nom du ministre du commerce de cette époque, a été élaborée pour clarifier « les relations précontractuelles dans le cadre du commerce ». Bien que visant la franchise, ce texte concerne aussi les autres formes de commerce organisé (concession, partenariat...).

---

<sup>87</sup>Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques ». *Op. cit.*

<sup>88</sup> *Idem.*

L'ordonnance du 18 septembre 2000<sup>89</sup> a inséré l'article 1<sup>er</sup> de la loi Doubin relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, à l'article L.330-3 du code de commerce.

Au sens de l'article L330-3 du code de commerce : « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne, un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue au préalable à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ». Il ressort de l'article que le franchiseur doit fournir des informations sérieuses et nombreuses au franchisé afin de le conforter dans sa décision et qu'il n'ait pas de mauvaise surprise par la suite (**Sous-Paragraphe 3**).

### **Sous-Paragraphe 3 : L'article L 330-3 du Code de commerce.**

Il y'a lieu de constater que cette loi ne précise pas les contrats qu'elle concerne<sup>90</sup>. En effet, le texte peut être appliqué à une bonne partie des relations contractuelles dans tous les domaines de l'activité économique (production, distribution de produits et de services...). Même s'il s'adresse plus particulièrement aux commerçants, il vise aussi les artisans, professions libérales ou toute autre personne jouant un rôle dans l'économie, d'où la surprise fréquente des personnes ignorant qu'elles relèvent de cette loi.

Le texte s'applique donc à tous les contrats dès qu'ils remplissent les conditions énumérées par la loi et qui sont par exemple relatives à :

- La mise à disposition d'un nom commercial, une marque ou d'une enseigne ;
- L'exigence d'un engagement d'exclusivité ou quasi-exclusivité pour l'exercice de l'activité de la personne qui se voit mettre à disposition un nom commercial, une marque ou un enseigne ;

---

<sup>89</sup> Ord. n° 2000-912 du 18 sept. 2000, JO 21 sept 2000, p. 14783.

<sup>90</sup> Dominique Baschet, « La franchise :Guide juridique, conseils pratiques », éd. Gualino, 2005.

- La signature d'un contrat conclut dans l'intérêt des deux parties.
- La mise à disposition du franchisé Un document d'information précontractuelle (DIP) très complet ;

D'ailleurs, le décret d'application de la loi Doubin a été promulgué le 04 avril 1991. Il précise les informations devant être contenues dans le DIP : les données relatives à l'entreprise, son réseau et le marché considéré. Mais ces données sont souvent difficiles à réunir car elles sont fluctuantes selon la conjoncture, la mode et les progrès « techniques » effectués (par l'entreprise ou ses fournisseurs).

En effet, l'information précontractuelle doit être soumise au candidat au moins vingt jours avant signature du contrat « définitif », sous peine de poursuites civiles et pénales<sup>91</sup>. Cependant, les informations erronées peuvent permettre au franchisé mécontent, d'attaquer le franchiseur pour dol (vice de consentement).

Par ailleurs, la sanction du non respect de l'obligation d'information précontractuelle relève selon son décret d'application du droit pénal. Mais au delà de cette sanction pénale, il a été considéré que la violation de la loi Doubin entraînait purement et simplement la nullité du contrat. La faute peut provenir soit de la légèreté de l'information, soit de sa distorsion avec la réalité.

Ainsi, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a confirmé qu'était nul un contrat pour lequel le dol était constitué : « *Le non respect de l'obligation précontractuelle par le franchiseur entraîne la nullité du contrat de franchise, faute par celui-ci d'avoir fourni au franchisé les éléments essentiels lui permettant de donner un consentement éclairé et en conséquence à la convention de remplir une des conditions prévues à l'article 1108 du Code Civil pour sa validité* »<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *op, cit*

<sup>92</sup> CA. Paris, chambre 5, 3décembre 1999, *Juris-Data* n° 1999-113122

En outre, la Cour d'appel de Paris avait annulé un contrat de franchise sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> de la loi Doubin devenu article L330-3 du code de commerce. Au sens de l'arrêt : *« Le franchiseur a, dans le cadre de l'information précontractuelle, une obligation de présentation sincère du marché local au franchisé, celle la concurrence locale étant nécessaire. Manque à cette obligation le franchiseur qui procède à une présentation incomplète de l'état local du marché et des perspectives de développement, ne donnant pas d'information sur le nombre d'habitants de la zone de marchandise, et présentant une liste incomplète des concurrents par simple reproduction des pages jaunes de l'annuaire téléphonique. En conséquence, il a donné au franchisé une image inexacte de l'environnement, caractère déterminant pour son consentement. En réalité l'exploitation de la franchise avait été très inférieure aux prévisions, avec un écart de plus de 50 pour cent par rapport aux prévisions. Le contrat de franchise est donc déclaré nul, tant que le fondement de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 que sur celui des articles 1108, 1110 et 1117 du Code civil »*<sup>93</sup>.

De surcroît, toujours dans le cadre de l'obligation de l'information précontractuelle du franchiseur, en vertu de la loi Doubin du 31 décembre 1989 et du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 applicables au contrat de franchise, le franchiseur doit fournir au franchisé des informations sincères lui permettant de s'engager en toute connaissance de cause. *« Tel n'est pas le cas lorsque le document d'information précontractuelle ne donne qu'une présentation très générale et imprécise du projet de franchise »*.

En effet, ce document ne donne pas la date de création de l'entreprise, ni une information sur les principales étapes de son évolution. Il fait état d'un apport partiel d'actif concernant l'ensemble de l'activité, en se gardant d'indiquer la date de cet apport et la situation financière de l'ancien franchiseur. Il ne fournit aucune indication sur l'évolution effective du réseau et ne renferme aucune présentation de l'état local du marché et de ses perspectives de développement, omettant de préciser l'existence antérieure de franchisés, lesquels ont été contraints de déposer leur bilan ou de mettre fin prématurément au contrat. Ces réticences

---

<sup>93</sup> Cour d'Appel de Paris 5<sup>ème</sup> Chambre, 26 janvier 2001, *Juris-Data* 2001-151449

dolosives sont de nature à entraîner l'annulation du contrat de franchise<sup>94</sup>. De plus, la loi Doubin, se voit appuyée par les articles 1134 et 1135 du code civil, pour définir la qualité de l'information fournie par le franchiseur.

Par ailleurs, et par soucis d'équité et de coercition, la Cour de cassation a donc posé le 10 février 1998, le principe qu'il est au juge du fond de rechercher si le défaut d'informations précontractuelles du franchisé, a eu pour effet de vicier son consentement. Cette décision confirmée par un arrêt du 19 octobre 1999 laisse donc au juge le pouvoir de trancher « au cas par cas ». Un geste en faveur du franchiseur, même si la sincérité et l'actualisation des informations restent pour lui vitales et qu'à sa décharge, il n'a qu'une obligation de moyen et non de résultat<sup>95</sup>. Par ailleurs, la définition de la franchise en droit communautaire a pris d'autres proportions (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 2 : La définition de la franchise en droit communautaire.**

Le droit communautaire donne une définition de la franchise à travers deux règlements : le premier est celui du 30 novembre 1988 (**Sous-Paragraphe 1**), mais ce règlement a été remplacé par le règlement d'exemption du 22 décembre 1999 (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : Le règlement (CEE) n° 4087/88 du 30 novembre 1988.**

Les accords de franchise bénéficient depuis le 30 novembre 1988 d'un règlement communautaire qui, sous certaines conditions, les exempte de l'interdiction posée par l'article 85<sup>96</sup> du Traité de Rome. Toutes les franchises ne sont pas concernées par ce texte, mais seulement les franchises de distribution et les franchises de services. Ce règlement est

---

<sup>94</sup> La semaine juridique, éd. Générale n° 30, 23 juillet 2003. Annulation du contrat de franchise pour absence de causes et réticences dolosives. Commentaire par Jean-Pierre Viennois.

<sup>95</sup> F.L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », éd. Joly 2009.

<sup>96</sup> Article 85 du traité de Rome devenu article 81, puis 101 depuis le 1<sup>er</sup> déc. 2009 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE).

l'aboutissement de l'arrêt *Pronuptia*<sup>97</sup> de la CJCE, ainsi que d'une longue pratique décisionnelle de la Commission qui reste utiles pour l'interprétation de certaines de ses dispositions.

En effet, le Règlement de 1988, appelé Règlement d'exemption européen vise à régulariser les échanges commerciaux au sein de l'union européenne. Ainsi, le Règlement s'applique uniquement si la franchise est susceptible de fausser le jeu de la libre concurrence à l'intérieur du marché commun<sup>98</sup>.

Ainsi, au terme de ce Règlement : « *La franchise est par définition une forme d'entente commerciale entre un franchiseur, un franchisé et éventuellement des tiers (producteurs...)* ». C'est en cette entente, qu'elle est en totale opposition avec l'article 81-1 du traité d'Amsterdam (ex article 85-1 du traité de Rome). L'article 81 paragraphe 1 du traité CE<sup>99</sup> précise : « *Sont compatibles avec le marché commun et interdits, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre états membres et qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun...* ».

En effet, l'article 81 paragraphes 2 frappe de nullité les ententes des entreprises susceptibles de fausser au jeu de la concurrence au sein de la communauté. Autrement dit, avait pour œuvre, depuis le traité de Rome, d'instaurer un système économique sans frontières basé sur le modèle de l'économie de marché et laissant libre la concurrence. Le principe est celui de l'interdiction des accords restrictifs de concurrence et des abus de position dominante.

En outre, un ensemble de pratiques directement contraires aux intérêts des consommateurs peuvent être ainsi sanctionnés :

- Les ententes horizontales : qui fixent les prix, limitent les ventes ou la production qui répartissent les ventes ou l'approvisionnement.

---

<sup>97</sup> CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris, GmbH c/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Rec. CJCE* 0986

<sup>98</sup> Traité de Rome 1957.

<sup>99</sup> CE : traité instituant la Communauté Européenne. Du 25 mars 1957.

- Les ententes verticales : qui fixent les prix ou assurent une protection territoriale (voir la partie restrictions verticales).
- Les concentrations : groupements d'entreprises.

De surcroît, l'intérêt des consommateurs est abordé par le paragraphe 3 de l'article 81, dans son deuxième tiret comme l'une des conditions permettant l'obtention d'une exemption à l'interdiction.

Cette dérogation est accordée lorsqu'il peut être établi que les utilisateurs retirent de l'accord restrictif de concurrence une « partie équitable de profit »<sup>100</sup>. Mais, ici le profit ne se résume pas qu'à la seule notion de prix le plus bas, il peut être concrétisé par une offre élargie, un approvisionnement plus régulier, un réseau de distribution mieux formé pour conseiller le consommateur, ou un réseau de distributeurs organisé et fiable, qui propose des conditions de garantie et de service après-vente uniformes ou avantageuses.

Ainsi, dans son arrêt « *Pronuptia* » de 1986, la Cour du Luxembourg reconnaît officiellement un « *droit de cité* » de la franchise en Europe, considérant qu' : « *elle ne porte pas en soi, atteinte à la concurrence* ». Les contrats de franchise ne sont donc pas a priori et systématiquement contraires au droit européen<sup>101</sup>.

Après cinq exemptions individuelles demandées par des franchiseurs (*Pronuptia* 01/86, Yves Rocher 12/86, Computer land 07/87, Master Services 11/88, Charles Jourdan 12/88), le législateur européen a finalement élaboré un règlement d'exemption global pour la franchise.

La Commission européenne ne s'est d'ailleurs pas intéressée qu'à la seule franchise, mais a institué à l'égard d'autres systèmes de distribution, des règlements d'exemption par catégorie qui intéressent directement le consommateur :

- Les accords de distribution exclusive (règlement n°1983/83).

---

<sup>100</sup> F.L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », éd. Joly 2009.

<sup>101</sup> Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », éd. Gualino, 2005.



- Les accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (Règlement n° 1475/95).

Le règlement d'exemption globale pour les accords de franchise a été publié par la Commission de Bruxelles et est entré en vigueur le 01/02/89 pour une durée de onze ans (valable jusqu'en décembre 1999). Il ne concerne que les franchises de distribution et de service (exit donc les franchises de production !) et permet d'exempter les réseaux de franchise de l'interdiction qui les frappait au vu de l'article 85-1 du Traité de Rome.

Le Règlement d'Exemption Européen s'articule autour de 9 articles :

- Le considérant d'introduction donne la justification du texte. En particulier, il met en avant l'intérêt que le consommateur final doit trouver dans les accords de franchise bénéficiant de la puissance de son fournisseur pour obtenir de meilleures conditions d'achat.
- L'art. 1, du fait de l'absence de définition légale de la franchise, s'attache à en définir le champ d'action. Il souligne que "les accords de franchise consistent essentiellement en des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs ou du savoir-faire, qui peuvent être combinées avec des restrictions portant sur la livraison ou l'achat de produits.
- L'article 2 prévoit et autorise un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence.
- L'article 3 cite les clauses permises au franchiseur et définit ainsi le cadre de ses « exemptions ».
- L'article 4 impose des obligations de libertés minimales d'achat pour le franchisé, de garantie par le franchisé des produits du franchiseur, de l'indication d'entreprise indépendante pour le franchisé.
- L'article 5 énumère les clauses interdites. Il définit plus précisément la franchise, pour rejeter de l'exemption les pratiques déviantes (restrictions verticales interdites).

- L'article 6 offre la possibilité de soumettre pour appréciation à la Commission des Communautés Européennes, un contrat contenant les clauses obligatoires (art 4) et ne prévoyant pas de clauses interdites (art 5).
- L'article 7 traite de la confidentialité des informations recueillies.
- L'article 8 autorise la Commission à retirer du bénéfice de l'exemption certains accords dont les effets neutraliseraient une concurrence efficace (effets indésirables des restrictions verticales).
- L'article 9 fixe le territoire d'application : l'Union Européenne, ainsi que la durée du règlement.

Le règlement d'exemption européen fixe donc les conditions que doit remplir la franchise pour obtenir les clauses permettant son bon développement, l'exclusivité territoriale, exclusivité d'approvisionnement, ainsi que les clauses permettant la protection des droits de propriétés industrielles et intellectuelles du franchiseur. Mais, ce règlement sera remplacé par celui du 22 décembre 1999 (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Le règlement d'exemption du 22 décembre 1999.**

Ce règlement remplace le règlement d'exemption du 30 novembre 1988. Le règlement du 22 décembre 1999<sup>102</sup> n'était pas spécifique à la franchise et n'en donne aucune définition<sup>103</sup>. Néanmoins, les lignes directrices sur les restrictions verticales, établies par la Commission indiquent que « les accords de franchise comportent une licence de droit de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de services.

Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrale de la méthode

---

<sup>102</sup> Règlement CE de la Commission, du 22 déc. 1999, concernant l'application de l'article 81-3 de Traitée, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

<sup>103</sup> Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », *op. cit.*

commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale du franchisé une redevance pour l'utilisation de la méthode commerciale en question. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits ».

Pour conclure, il s'avère donc enfin que jusqu'au début des années 2000, les franchises pouvaient bénéficier du règlement d'exemption n° 4087/88 du 30 novembre 1988, spécifique à la franchise. Puis les contrats de franchise ont été soumis comme tous les contrats de distribution au règlement n° 2790/99 de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, en date du 22 décembre 1999. La portée de ce règlement avait été précisée par des lignes directrices destinées à aider les entreprises à effectuer leur propre évaluation<sup>104</sup>. Aujourd'hui, les contrats de franchise sont soumis au règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>105</sup>. Mais, serait-il de même pour le Code européen de déontologie de la franchise (**Sous-Paragraphe 3**).

### **Sous-Paragraphe 3 : Le Code européen de déontologie de la franchise.**

Le Code européen de déontologie de la franchise<sup>106</sup> a été élaboré au sein de la Fédération Européenne de la Franchise (*FEF*) par l'ensemble des associations et fédérations qui en sont membres, et remplace aujourd'hui les codes issus de la fédération française de la franchise. Selon ce Code, la franchise se définit comme : « *un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, 'le franchiseur et ses franchisés', dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit*

---

<sup>104</sup> Communiqué Bruxelles, 24 mai 2000 : *JCP E* 2000, p. 913. - P. Arhel, Les lignes directrices sur les restrictions verticales : *JCP E* 2000, p. 1174.

<sup>105</sup> Comm.UE, règl. N° 330/2010, 20 avr. 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : Journal Officiel de l'union européenne 23 Avril 2010.

<sup>106</sup> Code européen de déontologie de la franchise de 1972, mis à jour en déc. 2004, disponible sur le site de la fédération française de la franchise.

*et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur ».*

*Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou le service, le savoir faire, les méthodes commerciales et techniques, les procédures et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet ».*

Il y a lieu de constater, qu'il ne s'agit pas d'une définition du contrat de franchise lui-même, mais du système commercial issu de tels contrats<sup>107</sup>. En outre, la doctrine et la jurisprudence ont mis leurs contributions pour donner une définition au contrat de franchise (**Paragraphe III**).

### **Paragraphe III : La définition doctrinale et jurisprudentielle de la franchise.**

On va étudier dans un premier temps la définition doctrinale de la franchise (**Sous-Paragraphe 1**), pour passer par la suite à celle de la jurisprudence (**Sous-Paragraphe 2**).

#### **Sous-Paragraphe 1 : La définition doctrinale du contrat de franchise.**

Selon J.M. Leloup, le contrat de franchise est : « *un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à*

---

<sup>107</sup> F.L. Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *op.cit*

*l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables »<sup>108</sup>.*

A coté de cette définition doctrinale, il existe également des définitions données par la jurisprudence (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : La définition jurisprudentielle du contrat de franchise.**

La question des critères d'identification du contrat de franchise occupe une place récurrente dans la jurisprudence dès lors que, par application de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, le juge doit « *donner ou restituer leur exacte qualification* » aux actes juridiques qui lui sont soumis en recherchant la commune intention des parties<sup>109</sup>. Ainsi, le juge a l'obligation de procéder à la rectification des qualifications données par les parties, la jurisprudence a été amené à définir le contrat de franchise, et ce depuis les années 1970<sup>110</sup>.

De surcroit, la Cour d'appel de Paris a défini la franchise par un arrêt de 28 avril 1978 comme « *une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connue, d sigles, symbole, marque de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir faire particulier, met à la disposition de l'autre, le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services originaux et spécifique pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon les techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleurs impact sur le marché considéré et obtenir un développent accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées*<sup>111</sup> ».

---

<sup>108</sup> J.M. Leloup, « La franchise, droit et pratique », *Delmas, 4<sup>ème</sup> édition*, 2004, n° 305.

<sup>109</sup> F. L. Simon, « le droit de la franchise », les petites affiches, n° spécial, avant propos, V. LAMANDA, 15 nov. 2007, n° 1.

<sup>110</sup> Ph. Le Tourneau, « les contrats de franchisage », *Litec. op.cit.*

<sup>111</sup> CA de Paris, 28 avril 1978, *Juris-Data* n° 763557, *Cah. Dr. Entr.* Distribution 1980 n°5, note J.M. Leloup.

Par ailleurs, les éléments mentionnés dans cette définition ont été précisés par la suite par le droit communautaire, ainsi le cas dans une décision de la Cour d'Appel de Pau du 14 novembre 1991. Au terme de la décision, la Cour a décidé que « le contrat de franchise, défini par la réglementation communautaire et la jurisprudence française se caractérise essentiellement par :

- L'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux.
- La communication du franchiseur au franchisé d'un savoir faire constitué par un ensemble de techniques originales expérimentées par le franchiseur et le franchisé n'aurait pu acquiescer qu'après de longs efforts et de recherches,
- La fourniture continue par le franchiseur d'une assistance commerciale et technique.

La définition qu'en donnent les textes des règlements communautaires est reprise aussi par la Cour d'appel de Poitiers<sup>112</sup> qui retient que : « *le contrat de franchise est un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise confère à une autre ou plusieurs autres entreprises le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de 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* ».

Ainsi, selon la Cour, « *le contrat de franchise se distingue des autres contrats notamment des contrats-cadres de distribution par la réunion de trois obligations essentielles : l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens, la communication par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire, la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord* ».

---

<sup>112</sup> CA Poitiers, 13 septembre 2005 (*Juris-Data* n° 287162), cité par D. Ferrier, D. 2006.

De surcroît, la Cour de cassation a aussi repris cette définition dans autre un arrêt du 4 juin 2002, dans lequel elle a jugé que : « *si le contrat prévoit la mise à disposition d'un nom commercial de siglés et de symboles, ainsi qu'une assistance commerciale de la part du concédant lors de la création de l'activité et l'organisation par ce dernier de compagnes promotionnelles, il ne fait toutefois pas référence à l'existence d'un savoir faire et ne crée aucune obligation de transmission de connaissances propres caractéristique d'une franchise* »<sup>113</sup> (**Paragraphe IV**).

#### **Paragraphe IV : Les caractères du contrat de franchise.**

Le contrat de franchise a été défini comme « *un 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 des signes de ralliement de sa 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 raisonnables* »<sup>114</sup>. Cette définition permet de caractériser la franchise par trois éléments que sont : le droit pour le franchisé d'utiliser une enseigne, un nom commercial ou une marque, la communication au franchisé d'un savoir-faire qui doit lui conférer un avantage concurrentiel et, une assistance technique permettant au franchisé de mettre en œuvre ce savoir-faire. Dans ce cadre, le contrat de franchise pourra être qualifié de contrat cadre (**Sous-Paragraphe 1**), consensuel (**Sous-Paragraphe 2**), et innommé (**Sous-Paragraphe 3**).

##### **Sous-Paragraphe 1 : Le contrat de franchise est un contrat cadre.**

Les parties au contrat de franchise conviennent d'assurer entre elles un courant d'affaires, dont elles prévoient certaines modalités générales, mais point le quantum précis, ni toutes les conditions<sup>115</sup>. Ainsi, le contrat de franchise est un contrat cadre qui se définit

---

<sup>113</sup> Cass. Com. 4 juin 2002, pourvoi n°99-19.464, cité par D. Ferrier, D. 2003, p. 2432.

<sup>114</sup> J. M. Leloup, « La franchise », *op. cit.*

<sup>115</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, il cite dans ce sens, A. Seube, « Le contrat de fourniture », thèse Montpellier, 1975.

comme « un mécanisme à double détente composé en amont, d'un accord de base « par lequel les parties conviennent de négocier, de nouer ou d'entretenir des relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques essentielles » et en aval, par « les conventions d'application qui en précisent les modalités d'exécution, notamment la date et le volume des prestations, ainsi que le cas échéant, le prix de celles-ci »<sup>116</sup>. Cela signifie que le contrat de franchise est un contrat qui organise la collaboration de deux entités différentes, dont les relations futures seront organisées par des contrats « secondaires », tel est l'exemple des actes de vente, encadrés par le contrat initial. De manière générale, les principales clauses que doit contenir un contrat de franchise sont relatives à l'objet du contrat, son lieu d'exécution et sa durée. La question de la durée dans l'exécution du contrat de franchise occupe une position très avancée et une place primordiale, qui apparaît déterminante dans l'appréciation de sa nature et de son régime général. Ainsi, la conclusion d'un contrat cadre, outre qu'il constitue un outil de prévisibilité, de rapidité et de simplification, permet de garantir une certaine standardisation au sein du réseau<sup>117</sup>.

### **Sous-Paragraphe 2 : Le contrat de franchise est un contrat consensuel.**

Ainsi soumis aux règles ordinaires de preuve, le contrat de franchise est un contrat synallagmatique, conclut à titre onéreux, le franchisé est tenu au versement d'une redevance périodique. Dans la mesure où le contrat de franchise est un contrat de coopération et d'exécution successive car il s'intègre dans la durée, les parties au contrat établissent le plus souvent pour son exécution un contrat cadre, destiné à fixer les modalités de leur relation contractuelle<sup>118</sup>.

### **Sous-Paragraphe 3 : Le contrat de franchise est un contrat synallagmatique innommé.**

Le contrat de franchise est un contrat innommé<sup>119</sup> au regard du Code civil, et qui regroupe plusieurs contrats nommés<sup>120</sup>. Par conséquent, il est difficile de le faire entrer dans

---

<sup>116</sup> F. Pollaud-Dullian, A. Ronzano, « le contrat cadre par-delà les paradoxes », *RTD com*, 1996, p. 179.

<sup>117</sup> J.-L. Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *op.cit.*

<sup>118</sup> J. Huet, « Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux », *LGDJ*, 2<sup>e</sup> éd. 2001.

<sup>119</sup> Ch. Matray, « Le contrat de franchise », *Coll. Les dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 6, p. 17 : « la franchise est un contrat synallagmatique innommé, conclu à titre onéreux, entre deux entreprises qui se



une catégorie préexistante<sup>121</sup>. Pour certains auteurs, il constitue un contrat d'entreprise<sup>122</sup>. Toutefois, cette définition ne rend pas compte du système général dont il procède ce contrat ; en effet, le franchiseur ne s'engage pas seulement à transmettre le savoir faire, mais, « *un système de gestion préalablement expérimenté* »<sup>123</sup>. Par ce contrat, la franchise intègre un réseau de commercialisation dans lequel il ne joue qu'un rôle d'intermédiaire, même s'il est indépendant. Le contrat de franchise relève donc de la catégorie en expansion des contrats de distribution ou contrat d'intermédiaire, que la majorité des auteurs situent à la frontière de la vente et du mandat<sup>124</sup>.

De surcroît, le contrat de franchise est un contrat innommé<sup>125</sup>, dans la mesure où il constitue « *le fruit de la liberté contractuelle, issu de la pratique commerciale, de l'anxiété conquérante, mais désordonnée des gens d'affaires* »<sup>126</sup>. Il est aussi un contrat innomé, dans le sens où il ne fait pas l'objet d'aucun régime légal spécifique, contrairement par exemple à l'agent commercial<sup>127</sup>. Il vit en effet de la seule sève de la théorie générale des contrats<sup>128</sup>.

Par ailleurs, comme tous les contrats de distribution, le contrat de franchise adopte une logique collective, autrement dit, le franchisé rejoint un réseau destiné à promouvoir un « concept »<sup>129</sup> est fondé sur l'étroite collaboration qui lie l'ensemble des contractants.

---

*choisissent, qui a pour objet soit la distribution de produits ou de services, soit la fabrication de produits, selon un savoir faire mis au point par le franchiseur et qui entraîne au moins les obligations suivantes : celle pour le franchiseur de transmettre son savoir faire au franchisé et de l'assister tout au long du contrat, celle pour le franchisé d'utiliser le nom, l'enseigne et le savoir faire du franchiseur sous le contrôle de celui-ci, et celle pour les deux parties de collaborer loyalement à leur réussite commerciale réciproque » ; Voir aussi dans ce sens J.L.-Baudouin, « Les obligations », 4<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 1993, n°65, p. 57.*

<sup>120</sup> François-Luc Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *Joly éditios*, 2009, n° 16, qui cite en ce sens Ph. Le Tourneau, « Le contrat de franchise », *Litec. Ed. 2007*, « mêle plusieurs contrats nommés, mais l'élément dominant est le louage de sorte que cette qualification lui convient (ou d'entreprise selon le mot plus généralement admis aujourd'hui) ».

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> Ph. Le Tourneau, « le contrat de franchise », *op. cit.*

<sup>123</sup> J. Marie. Leloup, « La franchise, droit et pratique », *op. cit.*

<sup>124</sup> Simon, théorie et pratique du contrat de franchise, *op. cit.*, cite en ce sens Ph. Malaurie, L. Aynes, A. Benabent, « Les contrats spéciaux civil et commerciaux », *Montchrestien*, 7<sup>éd.</sup> 2006.

<sup>125</sup> P.A.-Mathieu, « la nature juridique du contrat de franchise », Cowansville, Editions Yvon Blais, 1989, p. 75.

<sup>126</sup> J.M. Leloup, « La création des contrats par la pratique commerciale », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p.167.

<sup>127</sup> J. Beauchard, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat, in *Libre droit, Mélanges*. Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37.

<sup>128</sup> M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges*. G. Marty, Toulouse, 1978, p.235 et s.

<sup>129</sup> Ph. Le Tourneau, « Le contrat de franchise », *op. cit.* Il cite en ce sens F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, « contrats civils et commerciaux », *Précis DALLOZ*, 7<sup>éd.</sup> 2004, n° 925 : « la psychologie collective a été

D'ailleurs, ce type de contrat présente deux facettes, d'un côté, il s'agit d'un contrat de coopération entre deux commerçants indépendants, qui traduit un intérêt convergent qui est la création ou le développement d'une clientèle. D'autre côté, et paradoxalement, le contrat de franchise réputé un contrat inégalitaire<sup>130</sup>, car il repose le plus souvent sur la domination économique d'une partie sur l'autre. Ces deux dimensions se retrouvent dans toutes les problématiques de la franchise.

En effet, la qualification juridique attribuée à un tel contrat présente un intérêt pratique fondamental, en raison du régime spécifique pouvant y être attaché. Or, il est parfois délicat de distinguer la franchise de contrats voisins tels que la distribution sélective, ou la licence de marque, ou le contrat d'affiliation, ou encore le mandat d'intérêt commun...etc. Le rappel des critères d'identification du contrat de franchise permet de différencier ce contrat des contrats voisins.

Enfin, il faut souligner que la définition qu'en donnent ces différents textes mentionnés ci-dessus a été reprise par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers le 13 septembre 2005. Cet arrêt définit le contrat de franchise comme étant : « *un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise confère à une autre ou plusieurs autres entreprises le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de 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* »<sup>131</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence fait la distinction entre le contrat de franchise et autres types de contrats. Par ailleurs, ce même arrêt fait la distinction du contrat de franchise avec d'autres types de contrat (**Section II**).

---

atteinte, le réflexe est désormais bien conditionné, et les consommateurs ne raisonnent plus que par référence à une marque, voir à ce d'aucuns dénomment un concept».

<sup>130</sup> F.L. Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *op. cit.*

<sup>131</sup> Cet arrêt a été rendu par la Cour d'appel de Poitiers, le 12 septembre 2005, *Juris-Data*, n° 237162.

## **Section II :**

### **Contrat de franchise et contrats voisins**

De nombreux contrats se rapprochent du contrat de franchise, c'est pourquoi il convient d'opérer une distinction entre le contrat de franchise et les autres contrats voisins, tels que : le contrat de concession (**Paragraphe I**), le contrat de vente (**Paragraphe II**), le contrat de distribution sélective (**Paragraphe III**), la licence de marque (**Paragraphe IV**), le contrat d'affiliation (**Paragraphe V**), le contrat de commission (**Paragraphe VI**), le contrat de mandat (**Paragraphe VII**), et le contrat dit de partenariat (**Paragraphe VIII**).

#### **Paragraphe I : Contrat de franchise et contrat de concession**

Le contrat de concession se définit comme celui par lequel un commerçant, le concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel, le concédant, pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance de ce dernier, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé<sup>132</sup>. Cette définition démontre qu'il y a des points de similitude (**Sous-Paragraphe 1**) et des points de convergence (**Sous-Paragraphe 2**).

#### **Sous-Paragraphe 1 : Les points de similitude entre le contrat de franchise et le contrat de concession.**

Le contrat de franchise et le contrat de concession se rapprochent dans le fait que le franchisé et le concessionnaire sont des commerçants indépendants devant bénéficier de la transmission de signes distinctif. En pratique, une des plus grandes similitudes consiste dans le fait que les secteurs qui, aux Etats Unis, qui virent la naissance du franchising sont ceux dans lesquels la concession commerciale exclusive connut le plus de succès en France, notamment la distribution automobile. Il a été constaté que cette similitude pourrait conduire à penser que le contrat de franchisage pout être une variante spécialisée du contrat de

---

<sup>132</sup> F. L. Simon, « Théorie et Pratique du droit de la franchise », Petites Affiches, 9 nov. 2006.

concession<sup>133</sup>. De plus, le contrat de concession est désormais un contrat cadre consacrée et confirmée par la jurisprudence<sup>134</sup> et la doctrine européenne<sup>135</sup>. Néanmoins, à coté de ces points de similitudes, il y a des points de différences (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Les points de différences entre le contrat de franchise et le contrat de concession.**

Si une distinction entre le contrat de franchise et le contrat de concession existe, il tient à la transmission d'un savoir faire et à l'obligation d'assistance, exigées dans le premier cas et absentes du second<sup>136</sup>. En effet, des différences importantes subsistent, mais, la distinction essentielle vient de ce que le concédant ne transmet pas de savoir faire et ne fournit pas d'assistance continue et que, réciproquement, le concessionnaire ne verse pas de droit d'entrée ou de redevances en contrepartie des avantages consentis.

Ainsi, la Cour d'appel de Poitiers<sup>137</sup> avait réformé un jugement ayant retenu la qualification de contrat de franchise, en raison de l'absence de savoir-faire et d'obligations d'assistance du franchiseur. Cette solution doit être approuvée ; de tels critères de distinction entre le contrat de concession et le contrat de franchise ont été consacrés tant par la jurisprudence communautaire<sup>138</sup> que par celle de la Cour de cassation<sup>139</sup>.

Par ailleurs, pour justifier l'absence de savoir-faire, la Cour d'appel de Poitiers retient que : « *le savoir-faire invoqué était « dépourvu d'originalité* », au motif que n'importe quel professionnel pouvait « *l'acquérir par ses propres moyens* ». En définitive, l'exigence d'« *originalité* » ainsi retenue par la Cour est impropre, ce terme ne figure pas dans la définition qu'en donne l'article 1.f du règlement CE 2790/1999 du 22 décembre 1999

---

<sup>133</sup> Ph. Le Tourneau, « contrats de franchisage », éd. Litec. 2007.

<sup>134</sup> Comm. Bruxelles, 15 octobre 1993, R.D.C, 1994, p.468.

<sup>135</sup> Y. Verougstaete, « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchising », les intermédiaires commerciaux, sous la direction de B. Glansdorff, Bruxelles, éd. Du jeune Barreau, 1990, p.145, n°3.

<sup>136</sup> L. Amiel-Cosme, « Les réseaux de distribution », préf. Y. Guyon, Paris, L.G.D.J, p.29, n°18 ; Fr. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, « Contrats civils et commerciaux », 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001, p.865, n°952.

<sup>137</sup> CA Poitiers, 13 septembre 2005, Juris-Data n° 287162

<sup>138</sup> CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia, aff. 161/84, Rec. CJCE 1986, p 353.

<sup>139</sup> Cass. Com. 12 juin 2002

concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées. Mieux vaut en effet se référer à cette définition, qui fixe précisément les trois caractéristiques d'un savoir-faire. Celui-ci se définit comme « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ».

Autrement dit, la Cour d'appel aurait dû motiver la solution en l'espèce justifiée par l'absence du caractère « secret » du savoir faire allégué ; selon l'article 1.f du règlement CE 2790/1999 précité, le terme « *secret* » signifie en effet que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, « n'est pas généralement connu ou facilement accessible.<sup>140</sup>

En ce qui concerne la fourniture d'une assistance commerciale et technique, la Cour d'appel de Poitiers juge encore que : « *la simple aide au démarrage de l'activité ne peut être considérée comme constituant une assistance technique et commerciale continue au sens d'un contrat de franchise* ».

En effet, cette motivation est justifiée, car l'obligation d'assistance est continue. Pendant la durée du contrat, le franchiseur est tenu de collaborer avec le franchisé. Une telle collaboration peut prendre diverses formes : stages de recyclage et/ou de perfectionnement, recommandation sur les achats à effectuer, transmission régulière d'informations concernant le marché et/ou les autres franchisés, animation des points de vente d'où la présence dès fois d'un contrat de vente qui ne doit pas être confondu avec un contrat de franchise (**Paragraphe II**).

## **Paragraphe II : Le contrat de franchise et le contrat de vente.**

Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 1582 du Code civil qu'est défini le contrat de vente comme étant : « *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une*

---

<sup>140</sup> Petites affiches, le contrat de franchise, « un an d'actualité » numéro réalisé avec le concours du cabinet d'avocat Simon Associés, n° 224, 9 novembre 2006.

*chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé »<sup>141</sup>, l'acte authentique étant celui rédigé par un officier public (par exemple, un notaire), l'acte sous seing privé étant celui réalisé par toute autre personne (par exemple un particulier ou une personne morale, comme une société).*

En effet, le contrat de vente est instantané : son obligation caractéristique, le transfert de la propriété du vendeur à l'acheteur, s'exécute toujours en un instant, alors même que le transfert de la propriété interviendrait postérieurement à la conclusion du contrat (par exemple au complet paiement du prix, à la livraison, etc.) ; si, dans ce cas-là, le contrat de vente peut devenir un contrat en cours au sens du droit des procédures collectives, il n'en reste pas moins instantané, selon le critère qui vient d'être dit. Mais, en est-il en matière de distinction entre contrat de franchise et contrat de vente (**Sous-Paragraphe 1**).

#### **Sous-Paragraphe 1 : La différence entre contrat de franchise et contrat de vente.**

À l'inverse, le contrat de franchise est un contrat à exécution successive : il ne s'exécute qu'avec le temps car sa prestation caractéristique n'est pas le transfert de la propriété (alors même qu'il organise des ventes futures) mais la fourniture d'un savoir-faire propre à l'organisation de la distribution d'un ou plusieurs produits ou services. En l'absence d'obligations relatives à la fourniture de ce savoir-faire, et d'obligations relatives à sa réception et à son utilisation, le contrat de franchise ne peut donc exister. En outre, la jurisprudence s'est également prononcée sur cette question (**Sous-Paragraphe 2**).

#### **Sous-Paragraphe 2 : La position de la jurisprudence par rapport à cette question.**

Une décision de la Cour d'appel de Colmar du 31 janvier 2006<sup>142</sup> s'est prononcée sur les critères distinctifs du contrat de vente et du contrat de franchise, la Cour jugeait alors que, dans la vente, l'acquéreur n'est en général tenu à aucune obligation postérieurement à la

---

<sup>141</sup> Article 1582 du Code civil.

<sup>142</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 31 janvier 2006, *Juris-Data* n°304798.

prise d'effet de l'acte, dans le contrat de franchise, contrat à exécution successive, le franchisé (comme le franchiseur) reste débiteur de certaines obligations.

Ainsi, pour distinguer ces deux qualifications, la Cour d'appel de Poitiers a relevé que postérieurement à la remise de la chose, en l'espèce des enseignes, le prétendu « franchisé » n'assumait pas d'obligations caractéristiques d'un contrat de franchise : « la remise des enseignes n'a pas donné lieu à la perception d'un droit d'entrée, « aucun document n'impose (au prétendu franchisé) de les utiliser », ni « de respecter les normes élaborées par le (prétendu franchiseur) » ; de même, le franchisé n'était débiteur d'aucune redevance. Par ailleurs, la situation est tout autre en matière de contrat de distribution sélective (**Paragraphe III**).

### **Paragraphe III : Le contrat de franchise et le contrat de distribution sélective.**

Le contrat de la distribution sélective a été défini par la chambre commerciale de la Cour de cassation comme étant « *un contrat par lequel, d'une part le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'ils choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel, d'autre part, le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents* »<sup>143</sup>.

Par ailleurs, la Cour de justice des communautés européennes considère que « *des systèmes de distributions sélectives constituent, parmi d'autres un élément de concurrence conforme à l'article 85 paragraphe 1 du traité, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction des critères objectifs de caractère qualitatif relatif à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, et ces conditions soient fixées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels appliquées de manière non discriminatoire* »<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Cass. Crim., 3 novembre 1982 (3 arrêts), Lanvin, *Bull. crim.*, n° 238 ; *RTD com.*, 1983, p.114, note Hamard et Bouloc.

<sup>144</sup> CJCE, 25 octobre 1983, aff. 107 :82, *Rec. CJCE* 1983, p. 3151.

Ainsi, par le contrat de distribution sélective, le fournisseur de produit de luxe ou de haute technicité choisit ses distributeurs en fonction de critères objectifs et qualitatifs relatifs à la qualification professionnelle des distributeurs qu'il aura déterminer lui même en fonction de la nature du produit, et s'engage au près de ses cocontractants à ne fournir aucun commerçant ne remplissant pas les critères. Mais, le contrat de distribution sélective ne comporte pas, pour le distributeur d'obligation d'exclusivité d'approvisionnement.

Par ailleurs, cette définition du contrat de distribution sélective nous permet de repérer des points de rapprochements (**Sous-Paragraphe 1**) et des points de divergence (**Sous-Paragraphe 2**) entre un contrat de franchise et un contrat de distribution sélective.

### **Sous-Paragraphe 1 : Les points de similitude.**

Comme le contrat de franchise, le contrat de distribution est un contrat conclu entre deux commerçants indépendants. Le distributeur sélectif commercialise les produits acquis au près du fournisseur e qui portent la marque de ce dernier, et le franchisé commercialise les produits fournis par le franchiseur et qui en portent souvent la marque. Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir est-ce que ces deux contrats portent sur le même objet (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### **Sous-Paragraphe 2 : Les points de divergence.**

Cependant, à la différence du contrat de distribution sélective, le contrat de franchise se distingue tout d'abord par son objet ; alors que le contrat de distribution sélective a pour objet la commercialisation des produits, le contrat de franchise a pour objet la mise en œuvre du savoir faire issu de l'expérience du franchiseur par les franchisés<sup>145</sup>.

Le contrat de franchise peut porter sur des produits que sur des services, et est susceptible de trouver une application beaucoup plus large que le contrat de distribution

---

<sup>145</sup> D. Ferrier, « La distribution sélective : deux alternatives de distribution », *Cah, dr., entr.*, 1993.



sélective, qui est limité au commerce de produits spécifiques, comprenant notamment des produits de luxe et de haute technologie. Par ailleurs, le franchiseur, dont le savoir faire commercial a vocation à être réitéré dans le cadre de la franchise, il est nécessairement distributeur, contrairement au fournisseur qui lui peut être simplement fabricant<sup>146</sup>.

Enfin, le contrat de distribution sélective implique uniquement la vente par le fournisseur de ses produits à des distributeurs sélectionnés et exclusivement à eux. Cela implique donc pour le fournisseur, qu'il n'a ni la mise à disposition du distributeur d'une enseigne, ni la transmission d'un savoir faire, ni assistance, et pour le distributeur aucun paiement de redevance, mais serait-il de même en matière de licence de marque (**Paragraphe IV**) ?

#### **Paragraphe IV : Le contrat de franchise et la licence de marque.**

Le contrat de franchise se définit donc comme un contrat qui lie deux entreprises indépendantes qui collaborent, et par lequel « le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet.

Par ailleurs, la licence de marque et la concession commerciale ne comportent pas de tels engagements de réitération de succès. Au regard de l'article L. 714-1 du code de la propriété intellectuelle, « les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou en partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive ». On pourrait déduire de cette définition que la licence de marque n'est pas définie en elle même.

---

<sup>146</sup>D. Ferrier, « La distribution sélective », *op. cit.*

Toutefois, le contrat de licence de marque est « celui par lequel le concédant autorise l'exploitation d'une marque à un licencié, moyennant versement d'une contrepartie »<sup>147</sup>. Par ailleurs, l'article 1713 du code civil dispose qu'il est possible de louer toutes sorte de biens meubles ou immeubles. En effet, la licence de marque est un louage de chose, par conséquent, et à défaut de dispositions particulières<sup>148</sup>, il y'a lieu de se référer au régime des articles 1713 et suivants du code civil.

De surcroit, la licence de marque est essentiellement un contrat de bail (louage régi par les règles du Code civil et du Code de la Propriété Intellectuelle) : le propriétaire ou usager d'une marque régulièrement enregistrée, dit concédant, la loue à un licencié qui aura le droit de l'utiliser, le plus souvent à titre d'enseigne, pour exercer un commerce, en contrepartie du paiement d'une redevance appelée royalty<sup>149</sup>.

En effet, le concédant définit dans le contrat de licence l'image de la marque et les éléments de son mix-marketing que le licencié doit respecter (prix, produits/services, promotion des ventes, publicité et communication) : il maîtrise ainsi l'usage qui est fait de la marque par le licencié. Cette technique lui permet de constituer un réseau sous son enseigne et d'améliorer la notoriété de la marque.

D'ailleurs, il n'est pas question ici la mis à disposition d'un savoir-faire éprouvé, répondant à des qualités spécifiques, ni de la stipulation nécessaire d'une assistance obligatoire, ces deux différences distinguant clairement la licence de marque de la franchise.

Ainsi, la concession commerciale se définit par ses exclusivités, lesquelles, si elles peuvent être stipulées dans des contrats de franchise ou de licence de marque, ne les caractérisent aucunement. Le Concédant s'engage à fournir exclusivement en produits

---

<sup>147</sup> F.L. Simon, « théorie et pratique de la franchise », éd. 2009 qui cite en ce sens, V.J. Schmidt-Szwaleski, « marque de fabrique, de commerce ou de service », *Rep. Com. Dalloz*. 2006, n°417.

<sup>148</sup> F.L. Simon, « théorie et pratique de la franchise », précité.

<sup>149</sup> Les royalties sont une commission monétaire reversée en fonction d'un pourcentage de chiffre d'affaires. Le principe des royalties s'applique dans différents domaines de l'activité commerciale. La plupart des contrats de franchise prévoit que des royalties doivent être versées par les franchisés au franchiseur. On trouve également la présence de royalties dans le cadre des concessions d'usage de marque. Le licencié doit alors verser des royalties au titulaire de la marque, *Glossaire marketing* 2011.

contractuels un concessionnaire qui jouit d'une exclusivité territoriale et s'engage dans une exclusivité de revente. Ce contrat est ainsi axé sur la distribution de produits et séduit nombre d'industriel (secteurs automobile, matériaux de construction par exemple). Il comporte une mise à disposition d'enseigne. En outre, ce contrat présente aussi des points de rapprochements avec le contrat de franchise (**Sous-Paragraphe 1**).

### **Sous-Paragraphe 1 : Les points de rapprochement**

Il faut souligner que la licence de marque se rapproche du contrat de franchise en deux points, tout d'abord, le franchisé et le licencié peuvent utiliser la marque du franchiseur, ou de donneur de licence, puis verser en contre partie une redevance à leur contractant. Mais, les deux contrats se différencient les uns des autres dans un certain nombre de domaines (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Les points de divergence :**

A la différence du contrat de franchise, la licence de marque ne comprend ni transmission du savoir faire, ni d'assistance, deux éléments essentiels permettant la distinction entre ces deux contrats ainsi que la requalification selon le cas le contrat de franchise en contrat de licence de marque ou inversement<sup>150</sup>. Il y'a lieu de signaler que dans la majorité des hypothèses, le droit du franchisé s'utiliser la marque du franchiseur est limitées au droit de commercialiser les produits marqués par le franchiseur<sup>151</sup>.

Par ailleurs, il ressort notamment des définitions du contrat de franchise figurant dans le règlement des communautés européennes de 1988 et dans le code européen de déontologie de la franchise que le franchisé a l'obligation et pas seulement le droit, d'exploiter le concept crée par le franchiseur sous la marque de ce dernier.

---

<sup>150</sup> En ce sens, la CA Nîmes, 17 avril. 2008, Juris-Data n°363533, (le contrat projeté par les parties, intitulé de licence de marque et de savoir faire, est requalifié en contrat de franchise) ; CA paris, 4 mars 1991 (3 arrêts, Juris-Data n° 021270, 020964, et 020830.

<sup>151</sup> Le droit d'utiliser la marque peut également être limité territorialement (à ce sujet CA Montpellier, 30 janv. 1992, Juris-Data n° 034082).

Ainsi, l'intérêt de cette distinction entre ces deux contrats s'est vu dans beaucoup de décisions de jurisprudence, ainsi par exemple dans un arrêt de la Cour de Cassation<sup>152</sup> où la requalification des contrats a été recherchée par les parties. En l'espèce, les premiers contractants (les franchisés) ont voulu requalifier le contrat en vue de contester le montant de la redevance due par eux. Et le dernier donneur de licence, lui a voulu requalifier le contrat pour sauver le contrat de nullité.

S'agissant du premier cas, le franchisé et le licencié ont tous les deux l'obligation de verser une redevance à leur cocontractant. Or, ces redevances ne correspondent pas au même service et diffèrent dans leur montant. Certains franchisés ont donc tenté de faire requalifier le contrat de franchise en contrat de licence de marque afin d'obtenir des juridictions une diminution de leur redevance.

En ce qui concerne le deuxième cas, dans une affaire tranchée par la Cour d'appel de Versailles<sup>153</sup>, un donneur de licence de marque éteinte, faute de renouvellement, a tenté de faire requalifier son contrat en contrat de franchise afin de contrer l'argumentation de son cocontractant qui demandait l'annulation du contrat pour absence de cause, en alléguant que le contrat n'avait pas pour seule cause la licence de marque, mais également la transmission du savoir faire et la fourniture d'une assistance. L'intérêt de la qualification réside donc dans l'existence ou non de l'obligation à la charge du titulaire de la marque de fournir un savoir faire et une assistance technique à son cocontractant. En ce sens, faute de la mise à disposition des signes distinctifs communs, une obligation jugeait essentielle, un contrat qui a été qualifié de contrat de franchise pourrait être annulé, ou tout au moins résilié aux torts du franchiseur, avait jugé la Cour d'appel de Paris<sup>154</sup>.

Par ailleurs, ce contrat de franchise doit être distingué de d'autres types de contrats, tels que le contrat d'affiliation (**Paragraphe V**).

---

<sup>152</sup> Not., Cass. Com., 18 déc. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 339.

<sup>153</sup> CA Versailles, 7 mars 2002, *Juris-Data* n° 225456.

<sup>154</sup> CA Paris, 14 déc. 1990, *Juris-Data* n° 026080 : résiliation au tort du franchiseur qui a perdu le droit à l'enseigne.

## **Paragraphe V : Le contrat de franchise et le contrat d'affiliation**

La définition du contrat d'affiliation (**Sous-Paragraphe 1**) va nous permettre de déterminer les points de rapprochement et les points de divergence entre un contrat de franchise et un contrat d'affiliation (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat d'affiliation**

L'affiliation est une convention passée entre un marchand dont la forme légale peut être une société, une entreprise, individuelle ou non, une association, désigné comme (*l'affilieur*) et une autre société, entreprise, association, ou même un particulier qui est (*l'affilié*). Convention qui peut consister en un simple pacte de préférence envers l'affilieur, ou bien encore, l'affilié contracte l'obligation d'inclure une marque, une enseigne, ou une présentation commune des produits<sup>155</sup>, et ce en contrepartie d'une rémunération prenant le plus souvent la forme d'une commission progressive.

Autrement dit, le contrat d'affiliation va permettre à l'affilieur, dans ce cas, d'obtenir des conditions plus avantageuses auprès des fournisseurs<sup>156</sup>. Mais, existe-t-il des points de similitude et de divergence entre un contrat de franchise et un contrat d'affiliation (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### **Sous-Paragraphe 2 : Les points de rapprochement et les points de divergence entre contrat de franchise et contrat d'affiliation.**

Dans cette partie, on va déterminer dans un premier temps les points de rapprochement entre un contrat de franchise et un contrat d'affiliation (**A**), pour pouvoir déterminer par la suite les points de divergence entre ces deux contrats (**B**).

---

<sup>155</sup> D. Ferrier, « les différents degrés de discipline des affiliés », *op. cit.*

<sup>156</sup> *Idem.*

## A- Les points de rapprochement

Lorsque l'affilié introduit la marque ou l'enseigne dans son commerce, la ressemblance avec la franchise devient forte ; l'affilié ou le franchisé lorsqu'ils disposent d'une marque, d'une enseigne ou de symboles, bénéficient donc d'une assistance leur permettant de mettre en œuvre une stratégie commerciale commune<sup>157</sup>.

La doctrine s'est interrogée sur la question de l'assimilation du contrat de l'affiliation au contrat de franchise lorsqu'un savoir faire était transmis ; il a été affirmé que dans ce cas de figure, le « franchiseur est la centrale d'achat <sup>158</sup>».

Par ailleurs, M. Leloup soutient que le contrat de franchise fait partie des contrats d'affiliation qui regroupent « tous les accords par les quels un commerçant personne physique ou morale dite affiliée, est liée à une centrale d'achat par des engagements réciproques portant sur l'approvisionnement de l'affilié, l'usage d'une enseigne commune et la prestation de divers services d'aide à la gestion de l'entreprise affiliée<sup>159</sup>. Cependant, la confusion en pratique est constatée entre les deux contrats (B).

## B- Les points de divergence

La jurisprudence avait remis en cause la qualification du savoir faire dans le contrat de l'affiliation dans un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse<sup>160</sup>. Il a été soutenu que le savoir faire caractérisé dans le contrat de l'affiliation ne correspondait pas à la définition légale du savoir faire.

---

<sup>157</sup> G. Castan, « Le contrat de la grande distribution : critère de distinction entre la franchise et affiliation », *RJDA* 1993, p. 514, n°7.

<sup>158</sup> M. Behar-Touchais, G. Virrassamy, « Les contrats de distribution », *LGDJ*, 1999, n° 1542.

<sup>159</sup> J. M. Leloup, *op. cit.*

<sup>160</sup> CA. Toulouse, 25 mai 2004, *Juris-Data*, n° 247226. La Cour a soutenu que « le savoir faire identifié, secret et substantiel, constitué par un ensemble de techniques originales expérimentées par le franchiseur et que le franchisé n'aurait pu acquérir qu'après de longs efforts et recherches ».

En outre, la Cour d'appel de Paris, de son côté, a refusé la requalification du contrat de l'affiliation en contrat de franchise, au motif que «*si la dénomination de contrat d'affiliation donnée par les parties à la convention litigieuse ne paraît pas recouvrir exactement les obligations contractées de part et d'autres*»(...), *ladite convention ne serait analysée en contrat de franchise précisément en absence de toute référence dans les engagements souscrits à l'existence, la transmission et l'acquisition d'un savoir faire spécifique, confidentiel et original, élément essentiel de toute convention de ce type* »<sup>161</sup>.

Par ailleurs, dans une autre affaire «*L'adresse* », la Cour d'appel, a rejeté, dans son arrêt du 29 juin 2009, la demande de requalification formulée par un adhérent du réseau immobilier, qui estimait que les obligations du contrat relevaient de la franchise alors que les informations précontractuelles étaient insuffisantes et qu'aucun savoir-faire spécifique n'existait. Les juges du fond ont estimé que : «*l'adhérent avait souscrit une part de la SA coopérative « l'adresse » et non un contrat de franchise* »<sup>162</sup>.

En plus, dans un arrêt rendu le 28 septembre 2010, une Cour d'appel a eu à se prononcer sur la validité d'un contrat d'affiliation au réseau de commissionnaires de transport «*Trans Europe Network* ». Ainsi, après avoir rappelé que «*le contrat de franchise comprend, comme élément essentiel, déterminant, la communication d'un savoir-faire* », la Cour a constaté que sur le site de l'observatoire de la franchise, l'entreprise «*Ten Organisation* » est présentée sous l'indication «*franchise services : transport et logistique* ».

D'ailleurs, dans les documents précontractuels, il est indiqué que cette société a mis au point un savoir-faire et une méthode spécifique de commercialisation et décrit son activité comme étant l'exploitation d'un réseau qui repose sur un concept original et innovant. Si ces documents répondent bien aux exigences de l'article L 330-3 du code de commerce, leur contenu fait présumer que la convention est un contrat de franchise. Les juges estiment que la commune intention des parties a été de conclure un contrat de franchise, et non un simple contrat d'affiliation. Dès lors, les juges doivent vérifier la substantialité et la transmission du savoir-faire. Par ailleurs, pour résister à la requalification en contrat de franchise, la société

---

<sup>161</sup> CA. Paris, 310 mars 1993, *Juris-Data*, n° 21781, *RJDA* 7/13, n°613.

<sup>162</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes, le 29 juin 2009.

*Ten Organisation* estimait qu'elle ne s'était pas engagée à mettre à la disposition de l'affilié un savoir faire original, spécifique, éprouvé, actualisé et identifié. Dès lors le contrat est annulé pour défaut de cause<sup>163</sup>.

De plus, dans un arrêt rendu le 27 octobre 2010, la Cour d'appel a refusé de requalifier en contrat de franchise, le contrat d'adhésion à un club dénommé « *Rien ne va plus* », spécialisé dans l'aménagement de magasins d'optiques, au motif que : « *l'entreprise « SMJP Diffusion », n'a pas transmis, à proprement parler, un savoir faire tiré d'une réussite commerciale préexistante, mais une simple assistance technique dans le mode gestion, l'information sur l'orientation du marché, le marketing et la publicité en référence à un cahier des charges* »<sup>164</sup>. Le contrat n'est donc pas un contrat de franchise, mais un contrat de prestations de services.

Par ailleurs, certains auteurs soutiennent que même lorsque le contrat d'affiliation inclurait le transfère d'un véritable savoir faire, il ne pourrait pas être qualifié de contrat de franchise et ce en raison de la différence fondamentale entre la « cause de l'engagement du bénéficiaire de la transmission du savoir faire » ; en effet, la cause de l'obligation du franchisé consiste dans le savoir faire que doit lui transmettre le franchiseur, or, la clause d'approvisionnement exclusif étant accessoire en contrat de franchise, alors que l'obligation centrale de l'affilié est l'obligation de négocier les avantages avec les fournisseurs, et l'obligation de la transmission du savoir faire demeure une obligation accessoire<sup>165</sup>.

En somme, l'intérêt de différencier entre ces deux contrats est de permettre aux parties qui veulent conclure un contrat de franchise et non pas un simple contrat d'affiliation de mettre à la charge des cocontractants une obligation de transmission d'un savoir faire identifié, confidentiel et substantiel<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> CA Angers, 28 septembre 2010.

<sup>164</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 27 octobre 2010.

<sup>165</sup> M. Behar Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, en ce sens C. Cass 18 déc. 2007 « exclusion de la requalification du contrat d'affiliation en contrat de franchise fondée sur le fait que la transmission du savoir faire n'est qu'accessoire ».

<sup>166</sup> CA. Toulouse, 25 mai 2004, Juris-data, n° 247226.



Il ressort de la doctrine<sup>167</sup> que la transmission du savoir faire n'est qu'une obligation accessoire dans le contrat d'affiliation, que l'absence du savoir faire n'entraînerait pas la nullité de ce contrat, alors qu'elle entraînerait celle du contrat de franchise. Ainsi, serait-il de même en matière de contrat de commission affiliation (**Paragraphe VI**).

## **Paragraphe VI : Le contrat de franchise et le contrat de commission.**

Le contrat de commission (**Sous-Paragraphe 1**), présente des points de similitude et des points de divergence avec le contrat de franchise (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat de commission.**

Le contrat de commission fait partie de la vaste famille du commerce associé. C'est un modèle de développement en réseau qui s'apparente fortement au dépôt-vente. Les cocontractants sont des entreprises juridiquement indépendantes. D'un côté (le fournisseur ou le commettant) met en dépôt vente ses produits chez une autre entreprise (le dépositaire ou l'affilié).

Par ailleurs, l'article L. 132-1 du Code de commerce dispose que : « *le commerçant affilié agit en son nom<sup>168</sup> ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ». Les produits du commettant sont ainsi placés en dépôt vente chez le commissionnaire qui est rémunéré par une commission souvent calculée par rapport au prix de vente<sup>169</sup>. Ce qui caractérise ce contrat c'est que le commissionnaire est dispensé de gérer un stock, et il se consacre à la vente. Or, le commettant s'occupe de la gestion de son stock ainsi la possibilité de fixer les prix, chose que n'aurait pu faire si les produits appartenaient au distributeur.

---

<sup>167</sup> M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*

<sup>168</sup> La CA de Paris a requalifié un contrat de commission affiliation en contrat d'agent commercial en raison que le commissionnaire agit au nom et pour le compte du commettant. CA. Paris, 13 sept 2006, Juris-Data n°312382. La décision de la Cour d'appel a été cassée par la C. Cass. com, 26 fév. 2008, Juris-Data, n°06-20.772, au motif que « la Cour d'appel avait constaté que le commissionnaire était propriétaire de son fond de commerce, ce qui exclut la qualification d'agent commercial ».

<sup>169</sup> D. Mainguy, et J.-L. Respaud, « à propos du contrat de commission affiliation », in Mélanges à l'honneur de PH. Le Tourneau, *Dalloz*.

Cependant, la prohibition des des prix imposés ne s'applique en effet, que lorsque ces prix sont imposés au revendeur propriétaire des biens et ayant toute liberté pour en fixer le prix<sup>170</sup>.

D'ailleurs, le modèle de commission est assez proche du système de la franchise, en ce sens qu'il inclut la mise en place d'une assistance dans les méthodes de vente de l'affilié, d'une enseigne commune et d'une pratique commerciale. De même, l'entrée dans le réseau se fait suite à une sélection réalisée par l'entreprise commettante. Ce contrat est utilisé principalement dans le secteur du textile. Contrairement au contrat de franchise, le contrat de commission ne peut du reste s'appliquer que dans le commerce des biens<sup>171</sup>, d'où la question des points de rapprochement et de divergence entre les deux contrats (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : les points de rapprochement et les points de divergence entre le contrat de franchise et le contrat de commission.**

Dans cette partie, on va étudier dans un premier temps les points de rapprochement (**A**), pour passer par la suite à l'étude des points de divergence (**B**).

#### **A- Les points de rapprochement.**

Le contrat de commission se rapproche du contrat de franchise dans le fait que Le commissionnaire comme le franchisé, sont des commerçants indépendants<sup>172</sup>. En effet, ils exercent tous les deux leurs activités sous l'enseigne de leur cocontractants et vendent des produits portant la marque de ces derniers c'est à dire du commettant ou du franchiseur. En outre, le commissionnaire reçoit des informations régulières du commettant sur la présentation des produits, et la doctrine considère qu'il reçoit une assistance comme pour le franchisé<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>171</sup> D. Baschet, « La franchise : guide juridique et conseils pratiques », *Gualino éditeur*, 2005.

<sup>172</sup> D. Mainguy et J.-L. Respaud, *op. cit.*

<sup>173</sup> J. M. Le Loup, « la franchise, droit et pratique », *op. cit.*

Il y'a lieu de constater que la pratique de dépôt de vente qui caractérise le contrat de commission n'est pas exclusive de la qualification de la franchise, car le franchisé est en général propriétaire des biens, et il les vend pour son propre compte et par fois, il vend les produits appartenant au franchiseur en son propre nom<sup>174</sup>.

Enfin, si la mise à disposition d'un savoir faire n'est pas une condition de validité du contrat, à la différence du contrat de franchise, le contrat de commission organise le plus souvent la formation de l'affilié, l'obligation d'exploiter le point de vente selon les normes du réseau et comporte des obligations proches de celles contenues dans un contrat de franchise. Reste enfin la question des points de divergence entre ces deux contrats (**B**).

### **B- Les points de divergence**

Dans ce cadre, l'affilié n'est pas propriétaire des produits et ne supporte donc pas les risques et les coûts liés à la propriété du stock. Ceux-ci demeurent à la charge de l'enseigne qui lui a livré les marchandises. Le coût de création et de fonctionnement d'un point de vente affilié est donc inférieur à celui d'un point de vente franchisé.

Ainsi, le système de commission présente l'avantage de pouvoir séduire des propriétaires de l'enseigne, disposant de moins de capitaux propres et de moins de compétences de gestion. En contrepartie, la commission de l'affilié est inférieure à la marge du franchisé. Le commettant fixe alors le prix de vente maximum au public, des produits distribués par son commissionnaire, lesquels lui parviennent en pratique pré-étiquetés.

Par ailleurs, La transmission du savoir faire est une des caractéristiques fondamentale pour la qualification de contrat de franchise. Ainsi, la jurisprudence a refusé à maintes reprises la requalification du contrat de commission en contrat de franchise, au motif que : *« le savoir faire communiqué par le distributeur, qui exerce dans le cadre de commission, paraît très lacunaire pour constituer un savoir faire au sens du contrat de*

---

<sup>174</sup> En ce sens CA. Paris, 23 janvier 2001 ; Cass, com. 9 oct. 1990, pourvoi n° 89-13.000 ; Ph. Le Tourneau, les contrats de franchise, *Litec*, 2007.

*franchise*<sup>175</sup>. En pratique, la requalification du contrat de commission en contrat de franchise semble être écartée par la jurisprudence, faute de transmission du savoir faire<sup>176</sup>.

En outre, cette question de la qualification du contrat de commission en contrat de franchise s'est posée alors par la jurisprudence<sup>177</sup> et la doctrine dans le cadre de transmission du savoir faire et l'apport d'assistance par le commettant. Ainsi, pour le contrat de commission, la cause essentielle de l'engagement du commissionnaire est l'approvisionnement par le commettant et non le savoir faire qui serait transmis, et cela constitue la différence fondamentale de la franchise<sup>178</sup>.

Enfin, le contrat de commission ne peut concerner que la distribution des biens et non de services, alors que la franchise peut porter aussi bien sur les bien que sur les services.

On pourrait s'interroger sur l'intérêt de la distinction entre ces deux contrats. La principale différence existant de manière pratique entre le contrat de franchise et le contrat de commission est la transmission ou non du savoir faire par le propriétaire des biens. Si en revanche, le contrat de commission prévoit la transmission d'un véritable savoir faire, alors à ce moment aucune différence ne subsistera<sup>179</sup>.

En pratique, un commissionnaire pourrait toujours avoir l'intérêt de demander à requalifier son contrat en contrat de franchise, pour reprocher à son cocontractant l'absence de fourniture d'un savoir faire. A l'inverse, un franchiseur dont ses produits sont placés en dépôt

---

<sup>175</sup> H. Bensoussan, « Le droit de la franchise », *Edition Apogée*, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 31. Qui cite J. M. Leloup, *op. cit.*, qui souligne « que le commissionnaire qui n'achète pas son stock, ne reçoit pas d'enseignement que sur la méthode de vente, et que ça impute considérablement le savoir faire attaché à la gestion d'un commerce, issu de l'expérience commerciale du franchiseur ».

<sup>176</sup> En ce sens C. Cass 18 déc. 2007 « exclusion de la requalification du contrat d'affiliation en contrat de franchise fondée sur le fait que la transmission du savoir faire n'est qu'accessoire ».

<sup>177</sup> Cass. Com. 18 déc. 2007, *précité*.

<sup>178</sup> J.- L. Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *op. cit.*, qui cite, D. Mainguy et J. L. Respaud, « à propos du contrat de commission – affiliation » in *Mélanges* en l'honneur de Ph. LE Tourneau, *Dalloz*, n°4, p. 707, qui signalent que « la fédération française de la franchise admet la compatibilité de ces contrats avec les contrats de franchise pour autant, entre autre, que le contrat respecte l'indépendance juridique et financière du commissionnaire (...), prévoit une licence d'enseigne au commissionnaire, la communication d'un savoir faire et d'une assistance ».

<sup>179</sup> D. Mainguy et J.L. Respaud, « à propos de contrat de commission affiliation », in *Mélanges* en l'honneur de Ph. Le Tourneau, *Dalloz* n° 24, p., 714.

vente chez son franchisé peut avoir l'intérêt à démontrer que les parties au contrat avaient entendu conclure un contrat de commission, afin d'échapper à une sanction, en cas de caractère non substantiel du savoir faire. En est-il enfin en matière de contrat de mandat (**Paragraphe VII**) ?

## **Paragraphe VII : Le contrat de franchise et le contrat de mandat**

On va étudier dans un premier temps la définition du contrat de mandat (**Sous-Paragraphe 1**), pour passer par la suite à l'étude des points de similitude et des points de divergence entre en contrat de franchise et un contrat de mandat (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat de mandat.**

Le mandat est défini à l'article 1984 alinéa premier, comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Cette définition englobe tous les mandats civils. Parmi ceux se détachent les mandats dits « d'intérêt commun », par lesquels le mandataire a, comme le mandant, intérêt à l'accomplissement de l'acte juridique qui fait l'objet du mandat. Par ailleurs, le mandataire et le mandant doivent avoir tous les deux intérêts à l'acte juridique que le mandataire a la mission de conclure, et la rémunération du mandataire ne suffit pas à la qualification du mandat d'intérêt commun<sup>180</sup>.

En effet, le mandat dit « d'agent commercial<sup>181</sup> », fait objet d'un régime légal spécifique. L'article L 134-1, alinéa premier du code de commerce définit l'agent commercial comme « un mandataire a un titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, et chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement de

---

<sup>180</sup> « L'intérêt commun », *RTD. Com.*, 1984, indique : « l'intérêt ne peut véritablement être commun que si le créancier du prix trouve un intérêt personnel à l'obligation dont il est débiteur ». En ce sens, T. Hassler, « l'intérêt commun s'applique en réalité non au mandat mais à l'acte de conclure, objet du contrat.

<sup>181</sup> L'article L 134-4 du code de commerce énonce que « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties ».

conclure des contrats de vente, d'achat, de location, ou de prestation de service , au nom et pour le compte des producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale ».

On pourrait se demander alors sur quel plan, le mandat d'agent commercial, pourrait se rapprocher du contrat de franchise, d'où l'intérêt de les points de similitude et les points de différences entre les deux (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Les points de similitude et les points de divergence entre les deux contrats :**

La question qui se pose dans le cadre de la distinction entre un contrat de franchise et un contrat de mandat est celle de savoir quels sont les points de similitude (**A**), et les points de divergence entre ces deux contrats (**B**).

#### **A- Les points de similitude entre les deux contrats :**

Le mandat présente peu de similitude avec le contrat de franchise. Cependant, en pratique il peut arriver que le franchisé ait l'apparence au près de son client, agir au nom et pour le compte du franchiseur<sup>182</sup>. Le client du franchisé peut alors invoquer la croyance légitime<sup>183</sup> qu'il avait de l'existence d'un mandat entre le franchisé et le franchiseur pour agir directement à l'encontre du mandat apparent. Dans ce cas, le franchiseur est engagé en qualité de mandat ; il dispose toutefois d'un recours contre le franchisé, mandataire apparent.

---

<sup>182</sup> Cass. Com., 17 oct 1995, *Bull. civ.* IV, n° 246.

<sup>183</sup> Cass. Assemblée plénière. 13 déc. 1962, dans cet arrêt de principe, l'assemblée plénière civile reconnaît, en matière de mandat, l'apparence comme source autonome d'obligation. Les grands arrêts de la jurisprudence civile, *11<sup>e</sup> édition*. 2000. Note J. calais –Auloy, *JCP* 1963. II. 13105, G. Cornu, En effet, la Cour de cassation a fixé les conditions de la croyance légitime, « le tiers doit être de bonne foi et invoquer une erreur qui soit légitime ou raisonnable même si elle n'était pas invincible ». Cependant, la Cour a beaucoup hésité avant de retenir la notion de croyance légitime, car après avoir retenu cette notion, dans son arrêt de 13 décembre 1962 et dans des décisions postérieures (Civ. 1<sup>er</sup>, 4 mars 1965, *JCP* 1965. II. 14016 ; 30 mars 1965, D. 1965. 559), la Cour revint à l'exigence d'une erreur commune dans un arrêt du 30 novembre 1965, D. 1966, note Calais-Auloy. Mais très vite la notion de croyance légitime resurgit dans un arrêt de la Cour de Cassation, du 28 fév. 1966, *Bull. civ* III, n° 124, p. 105, *JCP* 1967. II. 15217, note R., *RTD civ.* 1968, obs. G. Cornu). La Cour de Cassation a justifié cette hésitation par son droit de contrôle du mandat apparent.

Ainsi, pour déterminer s'il y'a mandat apparent, la jurisprudence, dans un arrêt de principe de l'assemblée plénière du 13 décembre 1962, a déclaré que « le mandat est apparent si la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire est légitime, et cette croyance est légitime si les circonstances autorisent les tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs »<sup>184</sup>.

## B- Les points de divergence

A la différence du contrat de franchise, le mandat n'implique ni transmission d'un savoir faire, ni mise à disposition de symboles communs, ni assistance<sup>185</sup>. Par ailleurs, et quand bien même le contrat de mandat contiendrait-il de telles stipulation, la jurisprudence a refusé la requalification du mandat de contrat de franchise car ce dernier suppose l'indépendance de franchisé<sup>186</sup>. Or, le mandataire qui agit au nom et pour le compte du mandant, n'est pas indépendant. C'est la raison principale pour laquelle la franchise ne peut être assimilée à un mandat d'intérêt commun<sup>187</sup>.

Il faut souligner que cette assimilation est rejetée par les auteurs qui considèrent qu'une telle analogie est juridiquement erronée reposant sur une confusion entre le contrat de concession et de franchise d'une part, et le contrat de mandat, d'autre part, et que l'intérêt commun fait référence à la collaboration existant entre les parties, dont l'objectif commun est l'accroissement de parts du marché<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> G. Cornu, *RTD. civ.* 1971. p.151.

<sup>185</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, rendu le 14 février 2006, *Juris-Data*, n° 301670.

<sup>186</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 26 oct. 2006, *Juris-Data* n°320959. En l'espèce le mandataire a sollicité la requalification du contrat de mandat en contrat de franchise en vue d'obtenir sa nullité par la suite, pour manquement à l'obligation précontractuelle d'information. La Cour a refusé la demande du mandataire en mettant en avant le caractère substantiel de la franchise qui est « l'indépendance » du franchisé, elle cite donc l'article 1<sup>er</sup> du Code de déontologie européen de la franchise, « la franchise est un système de commercialisation de produit et/ou de service et/ou de technologie, basée sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises distinctes et indépendantes... ». Petites affiches, 15 nov. 2007.

<sup>187</sup> CA Paris, 21 juin 2006 : la Cour refuse la requalification du contrat de franchise en contrat de mandat en raison de l'indépendance du franchisé. *Idem*.

<sup>188</sup> Ph. Le Tourneau, *op. cit.* qui cite en ce sens G. Amedee-Manesme, « la franchise contrat d'intérêt collectif équitablement rémunéré par le droit de franchise, clé de répartition de la clientèle créée », « les efforts des partenaires au contrat tendent tous vers un but commun, qui lui même transcende les parties (et) qui s'analyse comme la croissance du réseau, mesurée au développement de la clientèle, dont chacun tire une partie des fruits ».

Par ailleurs, le franchisé agit en son nom et pour son compte, quant au franchiseur, lui est tiers au contrat conclut par celui-ci, sans préjudice de l'hypothèse du mandat apparent. Par ailleurs, la jurisprudence considère que le mandataire qui partage un intérêt commun avec le mandant, ne peut être révoqué sans versement de dommages et intérêts, sous réserve qu'une cause légitime de révocation soit reconnue par la suite en justice<sup>189</sup>. A côté de ces contrats de mandats existe également des contrats de partenariat (**Paragraphe VIII**).

### **Paragraphe VIII : Le contrat de franchise et le contrat dit « de partenariat ».**

Le contrat de partenariat n'a pas été défini par la loi, ni la jurisprudence. Cependant, Il y'a lieu de constater que le contrat de partenariat est fréquemment utilisé en pratique. Toutefois, la doctrine a défini le partenariat comme « *une technique de développement et de management qui unit des partenaires par un « accord d'intérêt commun » au terme duquel ils s'engagent à coopérer durablement en partageant leur connaissances et expériences respectives. Le partenaire principal accord au partenaire indépendant, en échange d'une contre partie financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter ses éléments de propriété intellectuelle, son expérience et ses connaissances, dans le but de commercialiser les produits et/ou les services de la formule qu'il a conceptualisé et préalablement mise au point. Les partenaires œuvrent en commun pendant toute la durée du contrat, dans le but d'un développement réciproque et équilibré, dans un esprit de partenariat, dépourvu de toute hiérarchie, tout en préservant l'identité et ta réputation du réseau*<sup>190</sup> ».

Par ailleurs, le contrat de partenariat inclus un contenu variable, dépendant entièrement de la volonté des parties, par lesquelles celle ci organisent leur entraide. Alors que, le contrat de franchise comprend l'idée de collaboration entre le franchiseur et le franchisé<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> D. Ferrier, « L'intérêt commun dans le contrat de concession ». *Cah. re. Entr.* 1979.

<sup>190</sup> Michel Kahn, « Franchise et partenariat », 5<sup>e</sup> éd. Dunod.

<sup>191</sup> Fédération Française de la Franchise



De surcroît, le contrat de partenariat a été considéré comme une alternative au contrat de franchise. Dès lors, les obligations réciproques des parties au contrat de partenariat reprennent les éléments essentiels de la franchise, alors le contrat de partenariat devient un véritable contrat de franchise, peu important son intitulé<sup>192</sup>. Ainsi, lorsque l'intention des parties est de mettre à la charge de l'une d'elles l'obligation de fournir à l'autre une enseigne commune au réseau, un savoir faire substantiel et une assistance, dans ce cas, la convention de partenariat peut être requalifié en contrat de franchise<sup>193</sup>.

En revanche, lorsque une de ces conditions fait défaut, soit que les informations mises à la charge de l'une des parties par le contrat ne sont pas suffisamment substantielles et secrètes pour constituer une véritable savoir faire, soit parce qu'il n'ya pas eu de transmission des signes distinctifs, le contrat ne peut être qualifié de contrat de franchise<sup>194</sup>.

D'ailleurs, la qualification du contrat relève de la commune intention des parties qui doit être recherchée, au-delà de l'intitulé retenu par celles-ci, au regard des engagements réciproques pris par chacun des contractants. Cependant, il appartient aux juges du fond de requalifier une convention de partenariat en contrat de franchise, et vérifier ainsi la substantialité du savoir faire.

Ainsi, dans un arrêt en date du 28 septembre 2010, la Cour d'appel d'Angers a eu à se prononcer sur la validité d'un contrat d'affiliation au réseau de commissionnaires de transport « Trans Europe Network ». Les juges estiment que la commune intention des parties a été de conclure un contrat de franchise, et non un simple contrat d'affiliation. Dès lors, les juges doivent vérifier la substantialité et la transmission du savoir-faire.

En outre, l'intérêt commun existe aussi bien dans le contrat de partenariat économique que dans la franchise, ils sont soumis tous deux à la loi Doubin, mais la transmission d'un savoir-faire n'en est ni l'objet ni la cause du contrat de partenariat. C'est

---

<sup>192</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juillet 2006, *Juris-Data* n° 311531. V. pour commentaire, F. L. Simon, « droit de la franchise » les petites affiches, 15 nov. 2007.

<sup>193</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 7 déc. 2004, *Juris-Data* n° 264674 ; Voir également l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 6 juin 1997, *Juris-Data*, n° 043563.

<sup>194</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juillet, *op. cit.*

l'organisation d'un partage d'expérience entre les partenaires, autour d'une marque, qui est recherchée.

Par ailleurs, la réussite collective du partenariat est tirée donc par cette dynamique interne, et non par une transmission verticale d'un savoir-faire. Néanmoins, l'intérêt essentiel de la requalification du contrat de partenariat en contrat de franchise réside dans le caractère fondamentale de la transmission du savoir faire dans le contrat de franchise. Ainsi, s'il est démontré que la volonté commune des parties est de conclure un contrat de franchise, le caractère non substantiel ou obsolète du savoir faire entraîne l'annulation du contrat pour absence de cause ou pour dol<sup>195</sup>, et ça ne serait pas le cas si le contrat de partenariat n'a pas été requalifié. Mais, serait-il de même en matière de contrat de travail (**Section III**) ?

### **Section III :**

#### **Le contrat de franchise et le contrat de travail.**

La requalification du contrat de franchise en contrat de travail implique d'opérer une distinction entre les deux types de contrats (**Paragraphe I**), pour bien aborder les différents aspects de cette requalification (**Paragraphe II**).

#### **Paragraphe I : La distinction entre le contrat de franchise et le contrat de travail.**

Pour distinguer entre le contrat de franchise et le contrat de travail, on va essayer de définir tout d'abord le contrat de travail, et s'intéresser par la suite aux éléments caractérisant ce dernier.

---

<sup>195</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, rendu le 7 déc. 2004, *Juris-Data* n° 264674, dans lequel « la Cour constate d'abord que l'article L330-3 du code de commerce est applicable, puis dans un second temps, constate que les parties ont entendu conclure un contrat de franchise, et que le non respect des dispositions dudit article à provoqué une erreur dans l'esprit des franchisés sur la teneur réelle du savoir faire non substantiel et obsolète ».

### **Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat de travail**

Le Code du travail ne donne pas de définition permettant de caractériser le contrat de travail ; il est possible, conformément à la doctrine et à la jurisprudence, de le définir de la façon suivante : « Le contrat de travail est une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération»<sup>196</sup>.

### **Sous-Paragraphe 2 : Les caractéristiques du contrat de travail.**

Pour distinguer entre le contrat de franchise et le contrat de travail, on va s'intéresser aux éléments caractérisant ce dernier. Les critères permettant de déduire l'existence du contrat de travail sont d'une part, la prestation de service effectuée par l'employeur (A), et la rémunération (B), et d'autre part le lien de subordination entre l'employeur et son employé (C).

#### **A- La prestation de service de l'employeur :**

Elle peut se définir comme une activité humaine productive, elle peut avoir pour objet les tâches les plus diverses effectuées dans tous les secteurs professionnels.

#### **B- La rémunération :**

C'est la contrepartie de la prestation de travail, elle constitue un élément nécessaire du contrat de travail. Peu importe que le salaire soit versé en argent ou en nature. Toutefois, Mais ce n'est pas non plus un critère décisif car il n'est pas propre au contrat de travail (il peut y avoir rémunération dans d'autres types de contrat).

---

<sup>196</sup> J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, « Droit du travail », *Dalloz*, 2004, 22<sup>e</sup> édition

## **C- La subordination juridique :**

Constitue le caractère décisif quant à la qualification du contrat de travail pour lequel la jurisprudence donne une définition commune à la sécurité sociale et au droit du travail. Les tribunaux ont aussi fait appel à la notion de « service organisé » ; c'est à dire que si le salarié accomplit sa mission dans le cadre d'un service organisé unilatéralement par l'employeur il s'agit d'un contrat de travail.

Ainsi, dès qu'un individu est intégré dans un système, une structure, ou une organisation mise en place par autrui, au profit d'autrui moyennant rétribution il y a contrat de travail. Et dès qu'un prestataire de services est sous l'autorité administrative de celui qui lui demande d'offrir le service moyennant rétribution, il y a intégration dans un système, il y'a par conséquent un lien subordination pouvant éventuellement caractériser un contrat de travail (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe II : La requalification du contrat de franchise en contrat de travail.**

Le franchisé est indépendant à la fois juridiquement puisque il est totalement libre de contracter ou non et économiquement, puisqu'il engage son propre argent. Toutefois, malgré cette double liberté et indépendance, il existe une interdépendance économique entre le franchisé et le franchiseur, provoquant ainsi un risque de requalification du contrat de franchise en contrat de travail. Ainsi, dans son arrêt du 09 mars 2011, la Haute juridiction a requalifié : « *le contrat de franchise conclu avec la société Yves Rocher et l'exploitant d'une boutique, en contrat de travail de gérant de succursale* »<sup>197</sup>.

Par ailleurs, la Cour avait considéré que : « *Mme X exploitait un centre de beauté sous l'enseigne « Yves Rocher »; son activité consistait essentiellement à vendre des produits*

---

<sup>197</sup> Il faut souligner néanmoins que la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait considérée dans son arrêt du 19 mai 2010 que : « *le respect des normes du franchiseur, telles que l'enseigne, les méthodes de commercialisation ou l'assistance technique, n'est que l'application pure et simple du contrat de franchise, sans que l'article L 7321-2 du Code du travail ne soit applicable* », pourvoi n° 09-42614.

*de beauté; la société Yves Rocher lui fournissait exclusivement ; les conditions d'exercice de cette activité étaient définies par le fournisseur et sa contractante ne pouvait disposer de la liberté de fixer le prix de vente des marchandises déposées »<sup>198</sup>.*

Mais, la Cour de cassation avait déjà constaté dès 2009 que : « *dès lors que les conditions énoncées à l'article L 781-1 2° du code du travail, devenu L 7321-2, étaient réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination »<sup>199</sup>. (Sous-Paragraphe 1). Par ailleurs, la requalification de contrat de franchise en contrat de travail emporte des conséquences très importantes (Sous-Paragraphe 2). Mais, en est-il en matière d'application des règles du Code du travail (Sous-Paragraphe 3) ?*

### **Sous-Paragraphe 1 : L'existence d'un lien de subordination juridique**

La Chambre Sociale de la Cour de cassation, par un arrêt de principe a définie le lien de subordination comme étant : « *le lien caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »<sup>200</sup>.*

#### **A- Le principe.**

La Cour de cassation rappelle régulièrement un principe essentiel : « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »<sup>201</sup>.*

De surcroit, dans un autre arrêt de principe du 22 mars 2007, rendu au visa de l'article L 121-1 du contrat de travail, la Cour de cassation a rappelé à nouveau le principe

---

<sup>198</sup> Arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 9 mars 2011, n° 09-42901.

<sup>199</sup> Cass. Soc., 16 septembre 2009, n° 07-45289.

<sup>200</sup> Arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13187.

<sup>201</sup> Notamment : Chambre sociale 19 décembre 2000, bull civ V, n° 437 ; CA Grenoble, 1<sup>er</sup> septembre 2003, Juris-Data n° 241377 ; CA Toulouse, 13 octobre 2006, Juris-Data n°327205 ;

selon lequel : « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner le manquement de son subordonné* »<sup>202</sup>.

En outre, dans un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 23 février 2010, il a été décidé que : « *le contrat de franchise constituait en réalité un contrat de travail* ». En l'espèce, la société *Fiventis*, qui commercialise des produits immobiliers d'assurance-vie et d'épargne défiscalisée, a conclu, le 13 juin 2006 avec M. X..., pour le compte de deux sociétés en cours de constitution, un contrat intitulé « contrat de franchise » que la société, reprochant à M. X... de ne pas avoir respecté la clause d'exclusivité stipulée au contrat, a résilié celui-ci le 28 décembre 2007 ; que M.X..., assigné devant la juridiction consulaire, a saisi la juridiction prud'homale pour voir reconnaître l'existence d'un contrat de travail et obtenir la condamnation de la société à lui payer diverses sommes.

Ainsi, la Cour a retenu que : « *la société avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé au franchisé des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées, que, transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie et qu'en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction* ». Ainsi, en se fondant sur toutes ces constatations, la Cour a pu en déduire que : « *l'intéressé se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société, caractérisant un contrat de travail* »<sup>203</sup>. En est-il enfin de l'application de ce principe à la franchise (**B**) ?

### **B- L'application du principe à la franchise.**

Dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Toulouse le 13 octobre 2006, il a été jugé que : « *la qualification donnée par les parties à la convention qui les unit ne lie pas le juge. Par conséquent, le contrat de franchise exécuté dans des conditions démontrant l'existence d'un lien de subordination entre les parties doit être requalifié en contrat de*

---

<sup>202</sup> Cass, soc. 22 mars 2007, Juris-Data n°038157.

<sup>203</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, le 23 février 2010.

*travail* »<sup>204</sup>. En l'espèce, le « prestataire » était chargé de la distribution de petits colis, il recevait de la société des indications précises quant à ses horaires de tournées, il avait par ailleurs, reçu une formation en interne, qui était muni d'un mémento comportant diverses instructions précises. La Cour a donc estimé que le présumé prestataire était susceptible d'être sanctionné s'il encaissait lui-même le prix des prestations qu'il effectuait.

En plus, la société assurait l'essentiel de la prospection et de la commercialisation, elle organisait les plans de tournées, déterminant ainsi le nombre de véhicules nécessaires, fixait les tarifs et prix des prestations sans aucune concertation avec le « prestataire ». Par conséquent, La Cour avait décidé que « le prestataire, était placé sous les ordres de la direction de la société auxquels il devait se conformer sous peine de sanctions, était donc bien dans un rapport contractuel subordonné caractérisant le contrat de travail ».

Par ailleurs, le juge du fond procède à une analyse des cas tendant à déceler le lien de subordination par la réunion des indices précis. Ainsi, la Cour de cassation dans son arrêt du 18 janvier 2012, a confortée la décision du juge du fond, qui a pu en déduire que : « le franchisé se trouvait dans un lien de subordination à l'égard du franchiseur, caractérisant un contrat de travail ».

En l'espèce: « la société Fiventis avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé à M. X .... des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées, que, transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie et qu'en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction ; qu'en l'état de ces constatations, elle a pu en déduire, sans être tenue de retenir que les sociétés JPB conseils et JPB courtage avaient un caractère fictif, que M. X...se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société Fiventis, caractérisant un contrat de travail ».

De plus, selon les stipulations du contrat de franchise, le franchiseur a imposé au « franchisé » des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec

---

<sup>204</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, 13 octobre 2006, *Juris-Data* n° 277205.

les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées, par conséquent, la Cour de cassation a énoncée : « *que le franchisé transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie et qu'en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction. En l'état de ces constatations, elle a pu en déduire que l'intéressé se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société, caractérisant un contrat de travail* »<sup>205</sup>.

Néanmoins, les hypothèses où les jurisprudences ont procédé à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail correspondent à des cas où plusieurs indices de subordinations étaient réunis. Ainsi, la Cour d'appel de Pau dans son arrêt du 26 juillet 2000, avait refusé la requalification du contrat de franchise en contrat de travail au motif que : « *l'imposition des tarifs par le franchiseur ne suffisait à caractériser le lien de subordination car tous les indices démontraient l'indépendance du franchisé* ». Par ailleurs, cette requalification entraîne des conséquences très particulières (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : La conséquence de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail.**

En cas de requalification du contrat de franchise, le franchisé aurait donc le bénéfice de l'application des dispositions du contrat de travail, notamment la condamnation du franchiseur au versement des arriérés de salaires et les congés payés correspondants ; ainsi que le remboursement des droits d'entrée<sup>206</sup>.

Par ailleurs, parmi les conséquences annexes du détournement du contrat de franchise en contrat de travail, le franchisé étant en principe indépendant au sein d'une franchise saine, la requalification de la franchise en contrat de travail risque d'aboutir à la non-reconnaissance de la clientèle développée par le franchisé.

---

<sup>205</sup> Arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 18 janvier 2012, pourvoi n° 1016342, 85, *Juris-Data*, n° 2012-000564.

<sup>206</sup> CA Toulouse, 13 octobre 2006, *Juris-Data*, n°326205.



Par ailleurs, les conséquences de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail dues à un lien de subordination ne sont pas dérisoires. Tout d'abord, la qualification de contrat de travail implique la compétence du Conseil des prud'hommes au détriment du Tribunal de Commerce, ce qui bénéficie généralement à la personne du gérant salarié. Ensuite, elle provoque la mise en application du régime de protection octroyé à l'employé, comme par exemple le bénéfice des congés payés, l'application du Smic ou d'un autre barème minimal de rémunération, et la rémunération des heures supplémentaires si le salarié n'a pas le statut de cadre.

Ainsi, le franchiseur, alors devenu employeur, sera redevable des charges de cotisation sociales et aux caisses de retraite complémentaire, il devra également respecter toutes les législations du travail, tels que les règles relatives au travail de nuit, au repos hebdomadaire, au travail de nuit. Enfin, dans le cas d'une éventuelle résiliation du contrat de travail, le franchiseur sera dans l'obligation de verser des indemnités de licenciement, ou encore des indemnités de préavis, éventuellement les indemnités pour rupture abusive ou pour défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement, et des dommages et intérêts en cas de non-observation de la procédure sur le fondement de l'article 1382 et suivant du Code civil.

Enfin, puisque la frontière entre le contrat de franchise et le contrat de travail est étroite, ne serait-il pas nécessaire, afin de favoriser la stabilité des conventions, de se protéger contre un éventuel danger de requalification. En effet, la franchise doit accorder plus d'autonomie au franchisé. Par conséquent, son statut ne sera pas remis en cause s'il bénéficie de toute liberté pour établir toutes les conditions relatives à son travail telles que : le fait de décider de l'embauche du personnel, de leurs licenciements et de leurs rémunérations, ainsi que d'une liberté totale vis-à-vis de la détermination des prix de vente.

Mais, en est-il en matière d'application des dispositions du code du travail qui s'appliquent à certaines catégories de professionnels qui ne se trouvent pourtant pas dans un véritable lien de subordination (**Sous-Paragraphe 3**).

### **Sous-Paragraphe 3 : L'application des règles du Code du travail en dehors de toute requalification.**

E. Peskine pense que le législateur a exprimé une certaine inquiétude vis-à-vis de la situation de certains professionnels qui, sans avoir avec leur cocontractant un lien de subordination juridique, étaient placés dans un état de dépendance économique<sup>207</sup>. Dans ce cadre, une loi datant du 21 mars 1941 a été promulguée pour permettre aux professionnels, se trouvant dans un rapport de subordination juridique vis-à-vis de leurs cocontractants, de bénéficier des dispositions du droit du travail<sup>208</sup>, quel que soit le contrat par lequel ils sont liés<sup>209</sup>.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre Sociale de la Cour de Cassation le 18 octobre 2007, il a été décidé que : « *le juge saisi d'une demande fondée sur les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L.8221-6 du Code du travail - et donc sur l'existence d'un lien de subordination - n'est pas tenu, lorsque les conditions d'application de cet article ne sont pas remplies, d'examiner la situation litigieuse au regard des articles L.7321-1 et suivants du même code* »<sup>210</sup>.

Cependant, les dispositions de l'article L. 7321-1 et suivant du code du travail reconnaissent aux gérants de succursales le bénéfice du Code du travail, sous réserve de certaines dispositions<sup>211</sup>. Cependant, l'article L 7321-2 du Code du travail définit de la façon suivante le gérant de succursale : « *Est gérant de succursale toute personne :*

*1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;*

*2° Dont la profession consiste essentiellement :*

---

<sup>207</sup> E. Peskine, «Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie», *Rev. tr.* 2008, p. 371.

<sup>208</sup> Loi du 21 mars 1941 publiée sur le *Journal Officiel* du 9 avril 1941, p.1523.

<sup>209</sup> J.-M. Mousseron, « La loi du 21 mars 1941, une loi en expansion? », *Cah. dr. entr.* 1978, n° 2.

<sup>210</sup> Cass. soc., 18 oct. 2007, pourvoi n° 06-45.344.

<sup>211</sup> L'article L.7321-1 du code civil prévoit que : « *les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, sous réserve des dispositions du présent titre* ».

a) *Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise ;*

b) *Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».*

Il ressort de l'article que trois conditions doivent ainsi être réunies pour que le franchisé soit qualifié de gérant de succursale et bénéficiaire à ce titre des dispositions du Code du travail. Les conditions sont les suivantes :

- Fourniture exclusive ou quasi exclusive des marchandises par le franchiseur (réception des marchandises, traitement, manutention ou transport des marchandises pour le compte du franchiseur) ;
- La fourniture ou l'agrément du locale du franchisé par le franchiseur ;
- L'imposition par le franchiseur des conditions de travail et des prix.

Il y'a lieu de signaler que les dispositions de l'article L. 7321-2, 2° est d'ordre publique<sup>212</sup>, par conséquent est considérée nulle toute clause prévoyant le contraire, conformément à l'article L 7321-5 du même Code<sup>213</sup>.

La jurisprudence a fait application de l'article L 7321-2 du Code civile dans plusieurs arrêts<sup>214</sup>. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 21 février 2007 avait déclaré que : *« lorsque les conditions requises par l'article L 7321-2 du Code du travail, telle que notamment l'exigence d'un prix imposé, sont vérifiées, ce texte s'applique quelque soit les énonciations du contrat, et surtout sans qu'il soit besoin d'établir le lien de subordination »*<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> F. L. Simon, « théorie et pratique de la franchise », *op. cit.*, p.37 et s.

<sup>213</sup> L'article L. 7321-5 du Code du travail prévoit que : *« Est nulle toute convention contraire aux dispositions du présent chapitre ».*

<sup>214</sup> Voir Cass, soc. 8 février 2005, *Juris-Data*, n° 026941; CA Nîmes , 13 décembre 2006, *Juris-Data* n° 324576.

<sup>214</sup> Cass, soc. 9 mars 2011, *Juris-Data* n° 003083.

<sup>215</sup> Cass, soc. 21 février 2007, *Juris-Data*, n° 037640.

De surcroît, dans un autre arrêt du 9 mars 2011, la Cour de Cassation a confirmée l'application des dispositions du Code du travail sans exigence d'un lien de subordination. En l'espèce, une franchisée placée en liquidation judiciaire avait saisi le Conseil de Prud'hommes de diverses demandes indemnitaires et salariales sur le fondement des articles L. 121-1, devenu l'article L. 1221-1 et L. 781-1, devenu l'article L. 7321-2 du code du travail. Le Conseil de Prud'hommes s'étant déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce, le liquidateur a formé un contredit au jugement ».

Par ailleurs, la Cour de cassation a estimée que « *L'arrêt attaqué a justement retenu la compétence de la juridiction prud'homale, car, l'action tendant à faire reconnaître que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail sont applicables à un rapport contractuel, qui n'exige pas que soit établie l'existence d'un lien de subordination.*

En outre, la Cour d'appel de Paris avait retenue que : « *la franchisée exploitait un centre de beauté sous l'enseigne du franchiseur, qui consistait essentiellement à vendre des produits de beauté que le franchiseur lui fournissait exclusivement, que les conditions d'exercice de cette activité étaient définies par le fournisseur et que sa contractante ne pouvait disposer de la liberté de fixer le prix de vente des marchandises déposées, a exactement décidé que les conditions requises par l'article L. 781-1 2°, devenu l'article L. 7321-2 du code du travail étaient remplies* »<sup>216</sup>.

Enfin, comme tout contrat, le contrat de franchise doit répondre à des conditions de formes très particulières, surtout pour tout ce qui est relative au consentement des parties à un contrat de franchise qui doit être libre et éclairé (**Section IV**).

## Section IV :

### La formation du contrat de franchise

Selon François Luc Simon, L'enjeu qui préside à la formation du contrat de franchise n'est pas sans conséquence pour les parties. Le franchisé effectue des investissements importants et s'endette le plus souvent. Le franchiseur révèle à son cocontractant le secret de son savoir-faire auquel son activité commerciale et ses recherches ont donné naissance; la conclusion du Contrat de franchise peut même revêtir une dimension stratégique pour le franchiseur.

Aussi, la période qui précède la conclusion de leur accord comprend en certaines circonstances une phase de négociation, qui peut donner lieu à la conclusion d'accords préalables comportant des obligations de nature et d'intensité variables<sup>217</sup> (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, l'accord des parties aboutit à la conclusion du contrat de franchise qui est soumis à des conditions de validité très particulières (**Paragraphe 2**).

#### Paragraphe I : La négociation du contrat de franchise.

Les différentes parties au contrat de franchise sont en principe libres de mener les négociations ainsi qu'elles le désirent puisque, à priori, elles ne sont pas encore engagées par un quelconque engagement ou par un tel ou tel contrat. Cependant, cette procédure de négociation doit être tempérée dans la double mesure où la loi encadre ces pourparlers (**Sous-Paragraphe 1**) et où les différentes parties aux contrats peuvent avoir déjà conclu des avant-contrats (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>217</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique de la franchise », *op.cit.*, p.55.

## Sous-Paragraphe 1 : L'entrée en négociations.

La phase des négociations peut aboutir soit à un accord entre les différentes parties au contrat de franchise (A), soit à la rupture de ces négociations (B).

### A- La négociation du contrat de franchise.

L'entrée en négociations commence par une simple invitation à entrer en pourparlers qui se distingue de l'offre, selon F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette<sup>218</sup>, par son absence de précision et/ou de fermeté. En effet, cette période de pourparlers n'est pas réglementée par la loi et laisse donc aux parties une grande marge de liberté<sup>219</sup> mais, elles doivent néanmoins respecter l'exigence générale de bonne foi<sup>220</sup> et négocier loyalement<sup>221</sup>, à peine d'engager leur responsabilité<sup>222</sup> délictuelle fondée sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil<sup>223</sup>.

Ainsi, dans son arrêt du 20 mars 1972, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'une obligation de bonne foi à la charge des parties en pourparlers, condamnant la partie qui avait rompu « *sans raison légitime, brutalement et unilatéralement* », les pourparlers avancés

---

<sup>218</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », *Précis Dalloz*, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 108.

<sup>219</sup> Il faut souligner ici qu'il s'agit de la liberté d'engager ou non des pourparlers, de les mener de telle ou telle manière, de les rompre ou de conclure le contrat envisagé.

<sup>220</sup> Cette exigence est prévue par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui prévoit que les conventions : « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

<sup>221</sup> Il faut souligner le fait qu'au cours ou après la rupture des pourparlers, il est admis que les parties à la négociation ne peuvent utiliser les informations échangées au cours négociations, sauf à commettre un acte de concurrence déloyale sanctionnée par l'article 1382 du Code civil. Cependant, d'après un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 novembre 2000 : « les informations qui relèvent de l'ordre public ne sont pas concernées par cette obligation de loyauté », Cass. com., 21 nov. 2000, pourvoi n° 98-17783.

<sup>222</sup> Il faut souligner ici que selon un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 15 mars 2005, il s'agit d'une responsabilité délictuelle et non contractuelle, puisqu'aucun contrat ne liant les parties au moment de la rupture : ce sont les pourparlers - et non un contrat - qui sont rompus », Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 mars 2005, B. 136.

<sup>223</sup> La Cour de cassation « consacre la nature délictuelle de la responsabilité », c'est ce qui résulte d'un arrêt de la chambre commerciale du 11 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 16 ; *RTD civ.*, 1985, p. 159, note J. MESTRE. V. également cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-21.216, inédit : « *Mais attendu, que, si c'est à tort, en l'absence de contrat, conclu entre les parties, que la Cour d'appel a retenu que la responsabilité éventuellement encourue par Mme z., ne pouvait être que contractuelle, sa décision n'encourt cependant pas la censure dès lors qu'ayant retenu l'absence de toute faute de la part de Mme Z ... , elle se trouve justifiée au regard de l'article 1382 du Code civil* ». Pour une proposition tendant à fonder la réparation du préjudice ainsi subi sur le fondement de l'article L. 442-6 I, 2° et 5° du Code de commerce, v. J.-P. VIENNOIS, « Contrats de distribution - Règles communes aux différents contrats de distribution », *J.-Cl. Commercial*, Fasc. n° 303, 2004, § 30 et 31.

qu'elle entretenait avec l'autre partie et qu'elle maintenait d'ailleurs « *volontairement dans une incertitude prolongée* »<sup>224</sup>. Mais, selon les termes du Professeur Ph. Delebecque : « *à ce débat, connu et récurrent, un arrêt de la Cour de cassation est venu apporter sa contribution, sans doute décisive, en tout cas sur le plan méthodologique* »<sup>225</sup>.

L'arrêt en question est celui rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 juillet 2007. Dans cette affaire, il s'agissait en l'espèce de savoir si le cessionnaire de parts de sociétés, par ailleurs créancier d'une garantie de passif de caractère fiscal, pouvait se prévaloir de la clause de garantie stipulée dans l'acte de cession, alors qu'il avait délibérément exposé la société dont il avait pris le contrôle à un redressement fiscal. Pouvait-il se prétendre créancier de la garantie, alors que son comportement n'était pas parfaitement loyal ? La Cour d'appel a répondu par la négative. L'arrêt a été censuré, au terme d'une décision de principe fondée sur l'attendu suivant : « *la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties* »<sup>226</sup>.

Le Professeur Ph. Delebecque poursuit son raisonnement en s'interrogeant sur le fait si la Cour de cassation invite-t-elle les juges à respecter scrupuleusement la « *substance* » des droits et des obligations convenus entre les parties ? Il en déduit que : « *le principe de la force obligatoire des contrats l'emporte sur les exigences de la bonne foi contractuelle. Ce qui est contractuellement dû est dû : le créancier doit pouvoir compter sur sa créance. Ce n'est pas son comportement qui pourrait justifier une quelconque remise en cause de ses droits. La solution est importante et de nature, si besoin était, à restaurer la confiance que crée le contrat* »<sup>227</sup>. Mais, en est-il si cette confiance est perdue pour une raison ou autre ? La partie perdante a-t-elle droit à une réparation ? De quels types de préjudices s'agit-il<sup>228</sup> ?

---

<sup>224</sup> Cass.com., 20 mars 1972, B. 93.

<sup>225</sup> Ph. Delebecque, « Vues sur mer : l'exigence de bonne foi contractuelle : « in medio stat virtus » ? », *Gazette de la Chambre* n°15, *éditorial* : Ph. Delebecque, 2007-2008, p.1.

<sup>226</sup> Cass. com. 10 juillet 2007, n° 06-14.768.

<sup>227</sup> Ph. Delebecque, *op.cit.*, p.1.

<sup>228</sup> Sur cette question, v. B. Petit, « Contrats et obligations - Consentement », *J-Cl. Civil code, art. 1109, Fase. unique*, 2004, n° 54.

La réponse à toutes ces interrogations va être donnée par la jurisprudence qui considère que : « *le préjudice consiste dans « les frais occasionnés par la négociation et les études préalables» menées* »<sup>229</sup>. En revanche, la Cour de cassation considère dans un autre arrêt que : « *la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est « pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permet d'espérer la conclusion du contrat* »<sup>230</sup>. Ainsi, il s'avère donc que la Cour de cassation indemnise la perte subie par la partie perdante et non pas le gain manqué<sup>231</sup>. En outre, cette indemnisation peut inclure la perte de chance pour conclure un contrat avec un tiers<sup>232</sup>. Mais, en est-il si une des parties au contrat de franchise décide de rompre ces négociations (B) ?

## **B- La rupture des négociations.**

D'une manière générale, les négociations sont soumises à un principe de liberté contractuelle. Cependant, leur rupture n'est régie par aucune règle de forme particulière. Elle peut être expresse. Dans ce cas, la partie qui désire se désengager de ces négociations le signifie à l'autre partie, soit en se conformant le cas échéant aux règles de formes prévues par le contrat, soit en se conformant à tout autre moyen légal et convaincant.

Par ailleurs, cette rupture peut également être implicite et découler de la conclusion du contrat prévu par l'une des parties avec une autre partie aux pourparlers par exemple. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 mars 2000 qui prévoit qu'en l'espèce : « *en faisant miroiter un développement de grande ampleur du projet ( ... ) pour conduire la société X ... a accepter une renégociation, puis en attendant près de deux mois pour soumettre un nouveau projet de contrat de licence, modifiant considérablement les conditions de la rémunération de la société X. .. dans des conditions particulièrement défavorables pour cette dernière, (...) la société Y... a rompue de manière délibérée et de*

---

<sup>229</sup> Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 26 nov. 2003, B. 186.

<sup>230</sup> Cet arrêt a été rendu par la 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, le 7 janv. 2009, B. 5.

<sup>231</sup> V. J. Ghestin, « Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 157V. également, P. JOURDIN, « Préjudice consécutif à la rupture des pourparlers », *RTD civ.*, 2006, p. 770 et s.

<sup>232</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 juin 2002, pourvoi n° 99-16488.



*mauvaise foi les pourparlers que la société X ... avait accepté de reprendre malgré l'accord préalable intervenu* »<sup>233</sup>.

Dans ce cas, la rupture des négociations est « *manifeste* », puisque l'une des parties au contrat de franchise a décidée de pousser l'autre partie à renégocier à nouveau, voire même lui proposer un nouveau projet de contrat, en mépris de toutes les conditions et les règles initialement prévues. De plus, la portée de cet arrêt va être confirmée avec une autre décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 février 2007.

De surcroît, il faut souligner aussi qu'un éventuel silence de l'une des parties au contrat de franchise sur une disposition particulière initialement prévue par le projet de contrat de franchise, peut être interprété soit comme étant une volonté de sa part de rompre les négociations<sup>234</sup> ou soit une volonté de les acceptées (les négociations)<sup>235</sup>.

Par ailleurs, cette rupture des pourparlers peut intervenir soit en dehors de tout lien contractuel (1), soit dans le cadre de l'existence d'avant-contrats ayant pour objet de régir la période précontractuelle (2).

### **1- La rupture des négociations et la liberté contractuelle.**

Cette liberté contractuelle implique le droit de rompre les négociations à tout moment, tant que le contrat final n'est pas signé. Mais, n'empêche qu'en pratique, certaines personnes abusent trop de cette liberté, c'est pourquoi le législateur a prévu des dispositions particulières<sup>236</sup> pour dissuader la partie de mauvaise foi de se lancer dans un engagement contractuel avec un tel état d'esprit<sup>237</sup>, tel est par exemple le cas de l'une des parties à la négociation qui peut être tentée, tout en mettant fin aux négociations, de reprocher à son

---

<sup>233</sup> Cet arrêt a été rendu par la Cour de cassation le 10 mars 2000, *Juris-Data* n° 133789.

<sup>234</sup> Dans ce sens voir la décision de la Cour d'appel de Versailles rendue dans son arrêt du 15 janvier 2004, *Juris-Data* n° 248401.

<sup>235</sup> Dans ce sens voir l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon le 24 juillet 2002, *Juris-Data* n° 193214.

<sup>236</sup> Les articles L. 330-3 et R. 330-3 du Code de commerce s'inscrivent dans cette logique.

<sup>237</sup> Voir notamment les dispositions de l'article 1134 de Code civil relatives à l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions.

associé de ne pas lui avoir fournie certaines informations qui lui auraient été indispensable, et qui lui auraient permis, par exemple, de se désengager plus tôt à la poursuite des négociations et d'éviter ainsi l'exposition de certaines dépenses, dont il demanderait le remboursement<sup>238</sup>.

En outre, la jurisprudence n'est pas restée à l'écart de ce problème, elle a mis sa contribution pour régler le régler à travers un certains nombres de décisions<sup>239</sup> pour sanctionner d'éventuelles entraves à cette obligation, tout en engageant la responsabilité de chacune des parties<sup>240</sup>.

Par ailleurs, toute sorte de faute ou de négligence dans les circonstances qui entourent la rupture des négociations est de nature à engager la responsabilité de son auteur. En outre, la jurisprudence exige seulement que la faute en question soit revêtue du caractère de mauvaise foi pour justement engager la responsabilité de l'une des parties au contrat, pour rupture abusive des négociations dans le cadre d'un contrat de franchise.

Ainsi, dans sa décision rendue le 30 mars 2001, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a décidée que : « [...] celui qui rompt de mauvaise foi les pourparlers, et viole ainsi le devoir général de bonne foi dans les relations précontractuelles qui lui impose de se comporter avec loyauté et honnêteté avec ses partenaires à la négociation, est susceptible de voir engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ou pour le dommage causé par sa négligence ou par son imprudences sur le fondement de l'article 1383 du Code de procédure civile»<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Il faut souligner aussi que L'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription (CATALA) consacre cette solution. Ainsi, le nouvel article 1104 du Code civil disposerait que : « l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties ».

<sup>239</sup> Voir Cass. com., 70 mars 1972, *Bull. civ.*, IV, n° 93; Voir aussi CA Aix-en-Provence, 14 janvier 1997, *Juris-Data* n° 1997-040104 et Cass. com., 8 novembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-030701.

<sup>240</sup> Selon son arrêt du 26 mars 2002, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considérée que : « le contrat projeté n'ayant, par définition, pas été conclu, et l'obligation de négocier de bonne foi n'ayant pas ici une origine contractuelle, la responsabilité de l'auteur de la rupture est de nature délictuelle ou quasi délictuelle : elle est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil », pourvoi n° 99-21216.

<sup>241</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 30 mars 2001, *Juris-Data* n° 2001-145087.

En conséquence, le fondement de l'abus du droit de rompre étant la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, aucun seuil minimum de gravité de la faute ne peut être exigé. D'ailleurs, la jurisprudence n'exige pas la preuve d'une faute ou d'une négligence revêtant des caractères spécifiques, mais seulement une faute fondée sur la mauvaise foi ou encore sur la légèreté blâmable caractérisée par la rupture brutale de négociations longs et prolongés<sup>242</sup> où la jurisprudence et la doctrine<sup>243</sup> exige des motifs légitimes justifiant la rupture brutale des négociations<sup>244</sup>.

Cependant, la rupture de négociations précontractuelles, serait elle fautive, ne saurait obliger son auteur à indemniser l'autre partie de la perte de chance de tirer profit du contrat négocié. Ainsi, dans son arrêt du 26 novembre 2003, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que : « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »<sup>245</sup>.

Trois ans plus tard, la 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation va confirmer la portée de cet arrêt dans sa décision du 28 juin 2006<sup>246</sup>. D'ailleurs, la question de l'indemnisation des gains manqués, en raison d'une quelconque rétractation pour conclure le contrat négocié semble beaucoup plus discutée. Pour un certains courant doctrinal, la question de l'indemnisation des gains manqués devrait être pris en compte dans l'évaluation du préjudice subi, et ceux en se basant sur l'état d'avancement des négociations. Ainsi, G. Viney déclare dans ce sens que : « *c'est en fonction des circonstances concrètes que le juge peut décider si la perspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pour évaluer l'indemnité qui compense une perte de chance* »<sup>247</sup>. Dans ce cadre, la Cour d'appel de Nîmes a estimé, dans son arrêt du 17 avril 2008, que : « *le préjudice causé par la*

---

<sup>242</sup> Dans ce sens voir l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 17 avril 2008, *Juris-Data* n° 2008-363533.

<sup>243</sup> J. Ghestin, «La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 155.

<sup>244</sup> Voir notamment la décision de la 2<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation rendue le 13 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-026466.

<sup>245</sup> Cass. com., 26 nov. 2003, *Juris-Data* n° 2003-021243.

<sup>246</sup> Cass. com. 28 juin 2006, D. 2006, p. 2963.

<sup>247</sup> G. Viney, « Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil », LGDJ, 1995, n° 198.

*rupture abusive des pourparlers devrait comprendre dans une certaine mesure la perte de chance de réaliser les bénéfices qui seraient survenus si le contrat avait été signé »<sup>248</sup>.*

En revanche, la Cour d'appel de Versailles a considéré que : « *l'absence de rupture fautive des négociations ne peut ouvrir droit à réparation des préjudices allégués par le candidat à la franchise, notamment le préjudice résultant du suivi d'un stage de quatre mois, dans le but d'être formé à l'activité sous franchise »<sup>249</sup>. De plus, la Cour de cassation exige de son côté que : « *l'intégralité de la relation commerciale établie entre les parties devait être pris en compte pour apprécier la durée du préavis dans le cadre d'une rupture brutale des relations commerciales au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ».* Ainsi, la Cour de cassation a infirmé la décision d'une Cour d'appel qui avait retenue que : « *le contrat de franchise conclu pour une durée de cinq ans non renouvelé avait pris fin, alors que les relations entre les parties avait continuées en dehors des relations contractuelles »<sup>250</sup>.**

Par ailleurs, des auteurs comme Ph. Malavrie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck<sup>251</sup> trouvent qu'une analyse des accords préparatoires, destinés à organiser la négociation, se distingue de l'analyse des avant-contrats qui, s'ils interviennent bien pendant la période de négociation et sont provisoires, sont des contrats à part entière, qui ont pour particularité de préparer le contrat définitif, dont ils réunissent d'ores et déjà les éléments essentiels (2).

## **2- La rupture des négociations et les avant contrats**

Dans le cadre d'un contrat de franchise, les différentes parties au contrat ont le choix de contracter, si elles le désirent, un avant contrat qui peut exiger des différents associés le respect d'un certains nombres de règles relatives par exemple au respect de l'obligation de contracter de bonne foi, ou encore de conclure ultérieurement le contrat de franchise. Dans la pratique, le plus souvent l'avant contrat conclu entre le franchiseur et le franchisé est constitué

---

<sup>248</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes, le 17 avril 2008, *Juris-Data*, n°363533.

<sup>249</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 25 Novembre 2010, n° 09/06245, Société *NARASCO FOOD*, c/ *Société KFC France*.

<sup>250</sup> Cass. Com. 24 novembre 2009, pourvoi n°07-19248.

<sup>251</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », *Op. Cit.* n° 441.

par un accord de principe, une lettre d'intention, un contrat de réservation, ou encore un pacte de préférence.

Ainsi, lorsque les différentes parties au contrat de franchise ont conclu un accord de négociation, elles se sont par conséquent engagées à négocier. En conséquence, si une partie décide de mettre un terme aux négociations, sans même démontrer sa bonne foi pendant les négociations, ce fait est de nature, comme on a déjà vu, à déclencher sa responsabilité contractuelle. Ainsi, la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 17 mars 2009 avait considéré que : « *la responsabilité du candidat franchisé n'est pas engagée pour avoir mis fin aux pourparlers, aux motifs d'une part, qu'avant l'agrément du comité du franchiseur, le candidat franchisé restait libre de ne pas contracter, et d'autre part, qu'en l'espèce, les négociations qui n'avaient duré qu'un peu plus d'un mois - ne pouvaient pas être qualifiées de longues et continues* »<sup>252</sup>.

Mais, il existe d'autres types d'avant-contrat, notamment les promesses de vente qui peuvent être synallagmatiques ou unilatérales. Ainsi, si la promesse de vente vaut vente<sup>253</sup>, la promesse de contrat vaut contrat, dès lors que le contrat projeté est consensuel et que la promesse en comporte tous les éléments essentiels à sa validité requis par la loi. En effet, la partie qui accepte la promesse, accepte en même temps le contrat définitif. Par conséquent, en contractant une promesse synallagmatique, le franchiseur et le franchisé sont censés d'ores et déjà accordé leur acceptation au contrat définitif. Pour cette raison, le franchiseur devra respecter les formalités prescrites par l'article L. 330-3 du Code de commerce, dès la conclusion de la promesse. Pour cette raison encore, l'exécution forcée du contrat de franchise doit pouvoir être obtenue par chacune des parties, sur le fondement de la promesse.

D'ailleurs, dans le cadre d'une promesse synallagmatique de vente, le Code civil prévoit que : « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

---

<sup>252</sup> Cass. com., 17 mars 2009, *Op.Cit.*

<sup>253</sup> Conformément aux dispositions de l'article 1589 du Code civil qui prévoit que : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain. La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte.

*Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances »<sup>254</sup>.*

Ainsi, cet article du Code civil accorde à la partie victime de l'inexécution contractuelle le choix soit de procéder à une action en exécution forcée, soit d'accomplir toutes les démarches relatives à la conclusion du contrat. Cependant, le fait de choisir parmi l'une ou l'autre de ces actions exige d'abandonner l'une des deux et la question qui se pose est alors de savoir si cette action est irrévocable ou au contraire elle peut être modifiée à n'importe quel moment. Ainsi, la Cour de cassation a donné la solution à ce problème dans son arrêt du 25 mars 2009 rendu par sa troisième Chambre civile, relatif à l'influence d'une action préalable en résolution du contrat sur une demande postérieure en exécution forcée de celui-ci. La Cour a considéré que : « *l'option de la victime demeure tant qu'une décision passée en force de chose jugée n'a pas statué sur la demande initiale en résolution du contrat* »<sup>255</sup>.

Il faut souligner enfin qu'il existe d'autres types de contrats préparatoires qui peuvent être contractés et qui ont pour objectif de conclure définitivement le contrat de franchise (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Les autres avant-contrats.**

Les avant-contrats ont pour finalité d'achever la conclusion définitive du contrat de franchise. Ici, on va en étudier deux : le pacte de préférence (**A**), et la promesse unilatérale (**B**).

---

<sup>254</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 1184 du code civil.

<sup>255</sup> Arrêt rendu par la 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, le 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11326.

## A- Le pacte de préférence.

L'article 1106 al.1<sup>er</sup> de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Projet CATALA) définit le pacte de préférence comme étant : « *la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui. Le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence. Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* »<sup>256</sup>.

Par ailleurs, d'autres auteurs définissent ce pacte de préférence comme le contrat par lequel une personne s'engage envers une autre, qui accepte, à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé, ici le contrat de franchise, avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions<sup>257</sup>. À partir de là, il convient de faire la distinction entre deux cas de figure :

- Soit le franchiseur est le titulaire du pacte et que celui-ci porte sur la vente du fonds de commerce du franchisé. Dans ce genre de pacte, le franchiseur y trouve un intérêt, puisqu'il pourra être sûr de l'unité de son réseau, tout en s'assurant que le franchisé ne pourra céder son fonds sans lui en avoir proposé la vente en priorité.
- Soit le franchisé est le titulaire du pacte, le pacte concerne alors la conclusion du contrat de franchise: il s'agit bien d'un pacte précontractuel, tel est le cas des pactes réalisés avant que le franchisé n'ait débuté son activité avec le franchiseur. D'ailleurs, ce mode de pacte est généralement choisi, parce que les deux parties y trouvent un intérêt partagé : le franchisé n'est pas obligé d'indemniser le franchiseur qui, en contrepartie, ne s'est pas obligé de conclure le contrat de franchise.

---

<sup>256</sup> Article 1106 alinéa 1<sup>er</sup> de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Projet CATALA).

<sup>257</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », *op.cit.*, n° 195.

Ainsi, si cependant le débiteur du pacte s'engage vis-à-vis d'un tiers sans en avoir proposé au bénéficiaire la conclusion en priorité, la Chambre mixte de la Cour de cassation décide l'exécution forcée du contrat projeté dans son arrêt de principe du 26 mai 2006, aux termes duquel : « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* »<sup>258</sup>.

Il s'avère donc que la Haute juridiction donne raison au bénéficiaire du pacte, tout en lui permettant d'obtenir la nullité du contrat conclu avec le tiers, ainsi que sa substitution dans ses droits, s'il rapporte la double preuve que le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Cette preuve, très difficile à rapporter, n'est pas pour autant impossible<sup>259</sup>. Mais, est-ce qu'il en va de même avec la promesse unilatérale (B) ?

## **B- La promesse unilatérale.**

L'article 1106 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Projet CATALA) prévoit que : « *la promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire. La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis. Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* »<sup>260</sup>.

Par ailleurs, des auteurs comme F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette définissent la promesse unilatérale de contrat comme étant : « *la convention par laquelle un individu, le*

---

<sup>258</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull. civ. mixte* n° 4 ; *D. 2006* p. 1861, note D. MAINGUY.

<sup>259</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janv. 2007, pourvoi n° 05-16.175 ; *Juris-Data* n° 037182 ; Voir également Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 14 févr. 2007, publié au *Bulletin* ; *JCP G* 2007, II, 10143 ; *D. 2007*, p. 2444, note J. THÉRON.

<sup>260</sup> Article 1106 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (projet CATALA).



*promettant, s'engage envers un autre qui l'accepte, le bénéficiaire, à conclure un contrat dont les conditions sont dès à présent déterminées si celui-ci le lui demande dans un certain délai»<sup>261</sup>.*

Ainsi, dans ce genre de contrat, le promettant est censé d'ores et déjà accordé son acceptation au contrat projeté et donne au bénéficiaire une option lui permettant d'accepter ou non à son tour<sup>262</sup>, le plus souvent pendant un délai déterminé. En effet, cela veut dire que la promesse unilatérale de contrat est un contrat à part entière, puisque le promettant s'est désormais engagé à réaliser un contrat de franchise, dont l'aboutissement final de son projet de conclure est intimement lié à la seule levée d'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale.

D'ailleurs, il s'agit de la forme la plus aboutie des contrats contractés pendant les pourparlers, parce que d'une part le projet visant l'aboutissement du futur contrat a été réalisé en fixant toutes les conditions nécessaires à son aboutissement et parce que d'autre part, le promettant est engagé vis-à-vis du bénéficiaire à contracter le contrat de franchise, à condition que le bénéficiaire de la promesse décide de lever l'option dans le délai de la promesse, et non plus seulement une obligation d'entamer des pourparlers.

Ainsi, durant toute la période du délai prévu dans la promesse, le promettant est dans la même situation que si le contrat définitif ait été conclu; il n'est obligé vis-à-vis d'aucune démarche positive, puisqu'il a déjà donné son agrément au contrat définitif. Par conséquent, la seule levée de l'option par le bénéficiaire, peut déclencher d'une manière automatique la conclusion du contrat.

Par ailleurs, la problématique de la nature de l'obligation du promettant a été débattue dans le domaine des sanctions en cas de violation de la promesse unilatérale de contrat. Ainsi, en est-il si le promettant décide de se rétracter, sans tenir compte du fait de

---

<sup>261</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », *Précis Dalloz*, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 191.

<sup>262</sup> Il faut souligner que la nature contractuelle de la promesse unilatérale qui exige le consentement d'au moins deux parties, la distingue de l'offre, qui naît de la volonté d'un seul. Dans ce sens voir F.-L. SIMON, « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.*, 2006, p. 209.

savoir si cette rétractation soit suivie ou non de la conclusion du contrat avec un tiers ? une jurisprudence infondée dans un arrêt extrêmement controversé du 15 décembre 1993 rendu en matière de promesse unilatérale de vente, a décidé sur le fondement de l'article 1142 du Code civil<sup>263</sup> que tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option, « *l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire qui ne peut donner lieu qu'au versement de dommages et intérêts et non à une exécution forcée en nature* »<sup>264</sup>.

Cette solution presque unanimement critiquée, on l'a cru révoquée au jour où a été rendu l'arrêt du 26 mai 2006 par la Chambre mixte de la Cour de cassation relatif au pacte de préférence. En effet, cet arrêt prévoit que : « *l'engagement du promettant dans une promesse unilatérale de vente est plus fort que celui contracté dans le cadre d'un pacte de préférence* ». En effet, alors que le premier a déjà consenti à la vente, le second ne s'oblige qu'à proposer une priorité au bénéficiaire dans le cas seulement où il décide de contracter; refuser la substitution dans le cas de la violation d'une promesse unilatérale de vente paraît « *illogique* » selon les termes de F. L. Simon<sup>265</sup>.

Néanmoins, dans un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 mars 2008, il a été décidé que : « *si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre les parties à la promesse n'avaient pas stipulé que l'inexécution par le promettant de sa « promesse ferme » et de son « engagement ferme e et définitif » de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du Code civil* »<sup>266</sup>.

En effet, cela veut dire que des conventions d'exécution en nature sont possibles, sous peine d'application des dispositions de l'article 1142. Mais, reste à souligner enfin que la portée de cet arrêt est relative et très limitée, puisque d'une part, il n'a même pas été publié et d'autres parts, il a été rendu par la seule 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation.

---

<sup>263</sup> L'article 1142 du Code civil prévoit que : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

<sup>264</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 1993, B. 174.

<sup>265</sup> F.-L.Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op.cit.* p.70

<sup>266</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721.

Par ailleurs, la promesse unilatérale de contrat de franchise connaît une forme très particulière, c'est le cas du contrat de réservation qui correspond au contrat par lequel le franchiseur s'engage à ne pas concéder de contrat de franchise à un tiers sur un territoire et pendant une période déterminés, le plus souvent en contrepartie d'une indemnité versée par le candidat franchisé. Mais, selon Ph. Le Tourneau, ce genre de contrat n'est qu' : « *une banale promesse unilatérale de vente (...) revêtue d'un nom spécial* »<sup>267</sup>.

Ainsi, selon un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 14 juin 1995, l'indemnité versée par le candidat franchisé, pour que le franchiseur s'engage à lui concéder le contrat de franchise sur un lieu et pendant une période déterminés, est en principe conservé par le franchiseur lorsque le candidat franchisé renonce à la signature du contrat de franchise, d'où la question des conditions de forme vis-à-vis duquel un contrat de franchise doit répondre (**Paragraphe II**).

## **Paragraphe II : La procédure de conclusion du contrat de franchise**

L'article 1108 du Code civile prévoit que : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

- *Le consentement de la partie qui s'oblige.*
- *Sa capacité de contracter.*
- *Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;*
- *Une cause licite dans l'obligation ».*

Dans cette partie, on va étudier seulement la condition du consentement et les autres conditions seront étudiées dans une autre partie de notre étude. Ainsi, le contrat de franchise doit présenter un caractère consensuel (**A**), de manière qu'il peut être prouvé par tous moyens (**B**).

---

<sup>267</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Op. cit.*

## A- Le consensualisme du contrat de franchise.

Le contrat de franchise est un contrat consensuel<sup>268</sup>, qui se forme uniquement par le seul échange des consentements. Ce consensualisme implique qu'aucune formalité particulière-tel un écrit- n'est requise pour que le contrat de franchise soit valablement formé<sup>269</sup>. Ainsi, des auteurs comme F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette considèrent que : « *la liberté contractuelle postule le consensualisme. L'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat. (...) La volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme* »<sup>270</sup>. Par conséquent, un contrat de franchise est formé par le simple échange des consentements.

D'ailleurs, ce caractère consensuel du contrat de franchise est assez souvent réaffirmé par la jurisprudence, conformément aux dispositions de l'article L.110-3 du Code de commerce qui impose le fait que certaines conditions au principe de la liberté probatoire doivent être respectées, tout en précisant qu'à l'égard des commerçants<sup>271</sup> « *les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi* ». Toutefois, les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce ne demandent pas que le contrat de franchise ait été rédigé par écrit, c'est pourquoi cet article stipule que : « *l'existence du contrat de franchise peut en conséquence être prouvée par tous moyens* ».

Ainsi, l'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat, c'est pourquoi les juridictions du fond acceptent largement cette règle, comme en témoigne une jurisprudence abondante. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 novembre 2006, il a été décidé que : « *l'existence du contrat de franchise résulte en l'espèce d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants* »<sup>272</sup>, alors que le projet de contrat de franchise avait été remis par le franchiseur, mais n'avait jamais été retourné signer par le franchisé.

---

<sup>268</sup> Sur ce sujet voir l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 novembre 2006, *Juris-Data* n°2006-322715.

<sup>269</sup> F.-L. Simon, « Droit de la franchise », *Les Petites Affiches*, n° spécial, avant-propos, V. Amanda, 15 nov. 2007, n° 29, p. 16.

<sup>270</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », *Op.Cit.*, n°24.

<sup>271</sup> Il faut souligner ici que selon un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 12 février 1992, « *la seule signature d'un contrat de franchise ne fait pas automatiquement de son signataire un commerçant* », *Juris-Data* n° 1992-046442.

<sup>272</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-322715.

De plus, la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mars 2009, a réglé un conflit dans lequel le franchiseur et le franchisé étaient en parfait désaccord par rapport au fait de savoir si le contrat de franchise avait, ou non, été conclu. En l'espèce, le consentement du franchiseur était subordonné à l'accord préalable de son comité d'agrément. Par ailleurs, le franchisé, qui avait donné son accord à la signature du contrat de franchise, y avait ensuite renoncé, et ce avant que le comité d'agrément du franchiseur ne donne son accord sur la conclusion du contrat.

D'ailleurs, pour décider que le contrat de franchise n'avait pas été conclu par les parties- malgré l'accord du comité du franchiseur intervenu postérieurement à l'annonce par le candidat franchisé de son refus de signer le contrat de franchise- , la Cour de cassation a pris en considération différents éléments, pour conclure que : *« les parties n'avaient pas pu s'engager de manière définitive »*. Tout d'abord, la Cour se base sur les termes du protocole d'accord conclu entre les parties pour conclure le contrat de franchise, lequel mentionnait que : *« les engagements des parties ne deviendraient réciproques qu'après acceptation du dossier par le comité d'agrément »*.

De surcroit, la Cour relève que : *« le franchiseur avait lui-même prévu que le contrat de franchise pouvait ne pas être signé, dès lors qu'il avait mentionné qu'un budget d'enseigne serait versé en cas de concrétisation définitive de accord »*. Elle retient enfin que : *« le franchiseur n'avait pas remis au candidat franchisé les informations précontractuelles - prévues par l'article L. 330-3 du Code de commerce »*.

Mais, dans un autre arrêt du 29 avril 2009, la Cour d'appel de Paris a décidé qu' en l'espèce : *« les juges du fond retiennent en effet que si le projet de contrat de franchise n'a pas été signé par les parties, il n'en demeure pas moins que ces dernières sont contractuellement liées ; ainsi, les parties ont-elles entendu inscrire leurs rapports commerciaux de manière non équivoque dans le cadre d'une relation de franchise: le franchiseur a transmis un savoir-faire puisqu'il a mis une marque, une enseigne et une sélection de produits spécifiques et originaux de la franchise à la disposition du franchisé,*

lequel bénéficiait en outre d'une exclusivité territoriale »<sup>273</sup>. Enfin, le caractère consensuel d'un contrat de franchise est certes évident, mais il n'en est pas moins soumis aux règles de preuve applicables à tous contrats (B).

## B- Les règles de preuve.

F. L. Simon considère que : « tout moyen de preuve légalement admissible suffira à établir la preuve du contrat de franchise dès lors que l'échange des consentements est parfait »<sup>274</sup>. Cette affirmation a été confirmée par la jurisprudence. Ainsi, dans son arrêt rendu le 3 novembre 1994, la Cour d'appel de Paris a décidé : « d'écarter l'existence d'un contrat de franchise au motif notamment que le défaut d'encaissement du chèque représentant le droit d'entrée apportait la preuve que le franchiseur était réticent à donner son accord »<sup>275</sup>.

De surcroît, quelques années plus tard, cette même Cour aura l'occasion de confirmer sa position par rapport à la question de la preuve par tous moyens du contrat de franchise. Ainsi, dans son arrêt du 16 novembre 2006, la Cour d'appel de Paris a retenu que : « l'existence du contrat de franchise résultait en l'espèce d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants, le franchisé ayant :

- participé à une réunion à laquelle était présent un représentant du franchiseur, et à l'issue de laquelle lui avait été adressé un document rappelant les principales conditions du contrat (montant du droit d'entrée, durée minimum du contrat, montant des rémunérations revenant au franchiseur).

- suivi un stage de formation.

- utilisé l'enseigne et les supports publicitaires du franchiseur.

- fait usage de la dénomination du franchiseur sur son propre K bis.

- disposé des produits du franchiseur.

- autorisé des prélèvements bancaires au bénéfice du franchiseur »<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 avril 2009, *Juris-Data* n° 2009-006977.

<sup>274</sup> F. L. Simon, « Théorie et Pratique du droit de la franchise », *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>275</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 3 nov. 1994, *juris-Data*, n° 025094.

<sup>276</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 16 novembre 2006, *JurisData* n° no 2006-322715.

Selon la Cour, ces éléments suffisaient à démontrer l'existence du contrat, alors même que les obligations en découlant n'avaient pas été parfaitement exécutées. Cela démontre aussi que les juges du fond apprécient souverainement les éléments soumis.

Il s'avère de tout ce qui précède que le consentement au contrat de franchise peut être prouvé par tout moyen, à condition malgré tout que ce consentement soit parfait. C'est le cas par exemple<sup>277</sup> : lorsque le franchiseur a reconnu la conformité du point de vente au style des franchises, et n'a pas réagi à la publicité faisant apparaître le point de vente comme franchisé du réseau<sup>278</sup>. Il en va de même aussi lorsque le franchisé n'a élevé aucune protestation ni réserve sur les marchandises qui lui étaient livrées et ne les a jamais refusées<sup>279</sup>, ou encore lorsqu'il a revendiqué la qualité de franchisé et s'est comporté comme tel, en réglant les redevances mensuelles, tandis que, de son côté, le franchiseur lui a concédé l'usage de son enseigne et de sa marque<sup>280</sup>.

Enfin, la validité formelle d'un contrat de franchise exige le fait que les différentes parties au contrat aient accordé leurs consentements, qui doit être libre et éclairé au moment de sa signature. Cette exigence est d'autant plus importante que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion, ayant un contenu prédéterminé par le franchiseur. Bien souvent, les franchiseurs font espérer aux franchisés de très bonnes réussites, mais la réalité est souvent différente et beaucoup de franchisés ont ainsi fait faillite pour s'être engagés à vendre des concepts qui n'ont aucune chance d'aboutir à une réussite commerciale faute d'innover en la matière.

Ainsi, pour éviter de tels excès et de promouvoir l'information précontractuelle du candidat franchisé, explique que la loi Doubin codifiée à l'article L.330-3 du Code de commerce, ait imposé une obligation préalable d'information à la charge du franchiseur. De plus, le contrat de franchise doit également respecter les conditions de formation des contrats exigées par le Code civil : il doit avoir une cause licite et réelle qui s'entend comme l'exigence de contrepartie aux obligations du franchisé, ainsi qu'un objet déterminé.

---

<sup>277</sup> Petites affiches, 13 novembre 2009 n°227, P. 23.

<sup>278</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 15 septembre 1989, *Juris-Data* n° 1989-024714.

<sup>279</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes, le 23 octobre 1991, *Juris-Data* n° 1991-030414.

<sup>280</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 11 décembre 1998, *Juris-Data* n° 1998-024235.

## Conclusion Générale du 1<sup>er</sup> Chapitre :

La franchise est donc un système d'organisation qui réunit des entreprises financièrement et juridiquement indépendantes les unes des autres avec d'un côté une firme pivot le franchiseur et de l'autre des firmes satellites les franchisés. La mise à disposition d'un concept et de savoir-faire liés de la part du franchiseur auprès des franchisés pose le problème de la bonne application de ce qui est concédé.

L'objectif est d'une part, vérifier la stricte application des règles mises au point par le franchiseur et de maîtriser l'activité des franchisés c'est-à-dire maîtriser les attitudes des partenaires. Pour cela, le franchiseur dispose de différents moyens d'action par la formation, l'assistance et la transmission du savoir faire qu'il peut et doit mettre en œuvre tout au long de la relation contractuelle.

Par ailleurs, l'attrait croissant du contrat de franchise est justifié par les privilèges qu'il procure aux parties. Ils découlent en grande partie du fait que la franchise est un mode de distribution intégrée. Il est en effet, un moyen d'intégration coordonnée entre entreprises dans une unité économique commandée et dirigée par l'un de ses membres. Ainsi, il permet au franchiseur de réitérer un succès commercial et de l'étendre vers de nouveaux espaces, sans pour autant participer aux placements de base.

Il pourra ainsi valoriser sa marque et fidéliser sa clientèle. Le franchisé, tout en demeurant indépendant, bénéficie de la renommée du franchiseur, de son savoir-faire, de sa technique et d'une clientèle préconstituée, ce qu'il n'aurait pu réaliser seul qu'au prix d'importants investissements. Il se crée ainsi une dynamique de développement des entreprises contractantes dans leur intérêt et dans celui du consommateur à qui le réseau confère une sécurité par l'homogénéité des services et des produits qu'il propose et ce grâce aux normes et contrôle rigoureux qu'exerce le franchiseur<sup>281</sup>. Dans ce contexte d'entreprises indépendantes et distantes la question de l'identification de la notion du savoir faire est essentielle comme mécanisme garant de l'homogénéité et de la pérennité du réseau (**Chapitre II**).

---

<sup>281</sup> K. Torbey, « Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés », *LGDJ*, 2002.



## Chapitre II :

### La délimitation de la notion du savoir faire.

L'étude de la cause du contrat de franchise présente deux aspects, un aspect objectif et un aspect subjectif. En effet, dans ce domaine, la jurisprudence opère une distinction entre la cause de l'obligation et la cause du contrat. La cause de l'obligation est celle considéré comme une cause objective et qui permet d'opérer un contrôle sur l'existence même de cette cause du contrat. Par ailleurs, la cause du contrat, est celle considéré comme une cause subjective, et qui se compose des motifs des différentes parties au contrat de franchise, et qui permet de contrôler la licéité de la cause<sup>282</sup>.

Dans ce cadre, pour former valablement un contrat de franchise, chaque partie au contrat est obligé de trouver une contrepartie dans l'engagement de l'autre<sup>283</sup>, à défaut de quoi, le contrat ne sera pas valablement formé et sa nullité pourra être prononcé pour absence de cause<sup>284</sup>. De telles dispositions sont tout-à-fait ordinaire et on peut les trouver pratiquement dans la plupart des contrats commerciaux.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 23 avril 2009, la Cour a considéré que : *« le débitant de boissons ne peut arguer de la nullité du contrat d'approvisionnement exclusif de bières et que son engagement n'est pas dépourvu de cause, dès lors qu'il bénéficie en contrepartie de son obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du brasseur, du cautionnement du prêt professionnel qu'il a souscrit »*<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup>J. Maury, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RIDC*, 1951, p. 485.

<sup>283</sup> Voir par exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, rendu le 27 novembre 2001, *Juris-Data* n° 2001-176699.

<sup>284</sup> C'est ce qui résulte des dispositions des articles 1108 et 1134 du Code civil. Ainsi, l'article 1108 du Code civil prévoit que : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. Par ailleurs, l'article 1134 stipule que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

<sup>285</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, rendu le 23 avril 2009, *Juris-Data*, n° 2009-004990.

En effet, la cause de l'obligation du franchisé, qui correspond au paiement d'un droit d'entrée et de redevances, doit trouver sa contrepartie dans l'obligation du franchiseur, qui constitue l'obligation fondamentale ou essentielle du contrat. Ainsi, des auteurs comme A. Sériaux considère que : « la cause essentielle ou fondamentale du contrat est celle qui justifie très objectivement l'opération contractuelle et qui, exclue, aboutirait à requalifier celle-ci en une autre opération »<sup>286</sup>.

En conséquence, le contrat de franchise suppose donc l'existence de deux choses : un prix et la mise à disposition par le franchiseur d'un certain nombre d'éléments essentiels. Par conséquent, la mise à la disposition par le franchiseur d'un concept, se réalise à travers la transmission d'un savoir faire, de signes distinctifs et d'une assistance<sup>287</sup>.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 8 juillet 1997, la Cour de cassation a désapprouvée une cour d'appel, en estimant qu' : « *elle ne pouvait prononcer la nullité d'un contrat de franchise, après avoir constaté que le franchisé avait bénéficié d'une assistance technique durant huit jours et de l'usage de l'enseigne du franchiseur, lesquels constituent des éléments essentiels et spécifiques du contrat de franchise* »<sup>288</sup>. D'ailleurs, le contentieux se concentre sur ces obligations, qualifiées par la jurisprudence d'obligations essentielles et spécifiques, qui constituent à leurs tours des obligations essentielles du contrat de franchise<sup>289</sup>.

Par ailleurs, parmi les éléments essentiels et spécifiques qu'un contrat de franchise doit comprendre, la communication d'un savoir faire, qui constitue un élément primordial et déterminant. Une franchise ne peut se concevoir que dans le but d'une répétition de réussite commerciale. Cette réussite doit être la résultante d'un élément essentiel de la franchise qui est le savoir faire. Il ne peut y avoir donc de franchise, sans la mise à disposition ou la

---

<sup>286</sup> A. Sériaux, « L'affaire Chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », note sous Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121.

<sup>287</sup> Ces éléments seront étudiés dans la partie consacrée aux obligations du franchiseur.

<sup>288</sup> **Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 juillet 1997, juris-Data, n° 003631.**

<sup>289</sup> Sur l'obligation essentielle: Ph. Delebecque, « les clauses allégeant les obligations dans les contrats », Th. dact., Aix, 1981, n° 159 et suivant, p. 195 et suivant, spéc. n° 164, p. 198 : « Définir le contenu fondamental du contrat, c'est rechercher parmi les différents éléments du contrat les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser ».

transmission d'un savoir faire du franchiseur au franchisé. C'est une clause importante du contrat de base.

Cependant, la Cour de cassation, n'avait retenue dans son arrêt du 8 juillet 1997, comme éléments de qualification de franchise, que l'assistance technique et le droit de l'usage de l'enseigne<sup>290</sup>. Alors que l'élément primordial autour duquel la doctrine se prononce est incontestablement la communication du savoir faire substantiel. Cette obligation doit persister tout au long de la relation contractuelle<sup>291</sup>.

D'ailleurs, la nécessité absolue de détenir un savoir faire est une exigence primordiale de tout contrat de franchise. Ainsi, le Code européen de déontologie l'exprime clairement, en déclarant que : « *le principal objectif du contrat est d'en faire bénéficier à la fois les deux parties* »<sup>292</sup>. Ainsi, pour qualifier le savoir faire dans le contrat de franchise, il faut appréhender dans un premier temps le concept du savoir faire (Section I), pour pouvoir étudier par la suite, les caractéristique de ce dernier (**Section II**).

### **Section I : L'appréhension de la notion du savoir-faire.**

Pour qualifier un contrat, de contrat de franchise, il faut que ce dernier comporte des éléments essentiels à la dite qualification. En effet, sans ses éléments, un contrat litigieux ne peut être qualifié de contrat de franchise. Il s'agit essentiellement de la communication du savoir-faire d'un côté et de la mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle. Nous allons nous focaliser, dans ce chapitre, sur la notion du savoir faire<sup>293</sup>.

Le savoir faire constitue donc le pivot même de la franchise, faute de quoi un contrat litigieux ne peut être qualifié de contrat de franchise<sup>294</sup>, mais, reste enfin qu'il est particulièrement trop compliquer d'appréhender cette notion, car il s'agit d'une notion vague,

---

<sup>290</sup> Cet arrêt a été rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 8 juillet 1997, droit des affaires 1997, *RJDA* 1997, n°1481.

<sup>291</sup> En ce sens, les principes européens de contrats de distribution, art. 3 : 202.

<sup>292</sup> Voir le Code européen de déontologie, préambule, 5<sup>e</sup> alinéa.

<sup>293</sup> Les signes de ralliement vont être étudiés de manière approfondie dans la deuxième partie de notre étude.

<sup>294</sup> C. Grimaldi, « Droit de la franchise », éd. Litec. 2011.

jamais définie par le législateur français, malgré son imposante présence et la valeur économique qu'elle dégage.

Dans la pratique, on englobe généralement dans le savoir faire d'autres notions voisines telles que : les secrets de fabrique ou encore les tours de mains, les procédés de fabrication, mais aussi, les innovations qui ne peuvent pas faire partie des éléments à protéger par le droit des brevets, comme par exemple les découvertes scientifiques et les méthodes de gestion...etc., et globalement toutes les nouveautés qui ne peuvent pas prétendre à un caractère inventif suffisant pour être brevetées.

Par ailleurs, dans une perception courante, le savoir faire est défini comme l'ensemble des connaissances théoriques, techniques et pratiques, d'une personne ou d'un corps de métier<sup>295</sup>. Il a donc un rapport très intime avec les expériences et les aptitudes professionnelles et personnelles, ainsi qu'avec les différents procédés d'exploitation, propres à une personne particulière<sup>296</sup>.

Le savoir faire implique donc une certaine dextérité à faire réussir le projet pour lequel on s'est investi, et à résoudre des cas pratiques. En conséquence, la compétence et l'expérience dans l'exercice de la franchise sont donc les maîtres mots de la pratique de ce métier, et par conséquent, du savoir-faire qui lui est intimement lié.

Dans le domaine de la propriété industrielle, la notion du savoir-faire fait référence à « *toutes les informations techniques non brevetées et secrètes, relatives aux procédés de fabrication industrielle* ». Par conséquent, cette confidentialité lui contribue une valeur commerciale authentique et incontestable parmi les actifs de l'entreprise.

De surcroit, le savoir faire peut avoir une valeur financière, puisque toute partie souhaitant accéder à de telles informations pratiques, devra verser une contribution. Au

---

<sup>295</sup> Larousse, dictionnaire de la langue française.

<sup>296</sup> P. Mendelsohn : « Peut-on vraiment opposer savoirs et savoir-faire quand on parle d'apprentissage ? Entretiens Nathan, manuscrit.

niveau purement juridique, les éléments du savoir faire sont transmissibles et accessibles aux tiers, mais, sous certaine conditions.

Plus exactement, le savoir faire technique est assimilé aux données non dévoilés, et protégés par l'Accord sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle, ayant un aspect commercial (*ADPIC*), annexé à l'accord de Marrakech du 15 avril 1994, instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (*OMC*)<sup>297</sup>. La protection de ces données non dévoilés est en parallèle position avec la protection des brevets, puisque les pays membres ont l'obligation de les protéger à travers la notion de la concurrence déloyale.

Ainsi, cet Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle (*ADPI*) a mis en place donc des règles de protection minimales en matière de savoir faire, constituant souvent l'élément déterminant de la richesse de l'entreprise, de sa prospérité, et de son aptitude à affronter la concurrence des autres sociétés concurrentes.

La notion du savoir faire a fait l'objet donc de plusieurs définitions, notamment d'une définition légale, qui varie selon qu'il s'agit du droit interne ou du droit communautaire et international (**Paragraphe I**), mais aussi de la jurisprudence et de la doctrine et ceux depuis les années soixante-dix<sup>298</sup> (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I : La définition légale de la notion du savoir faire ou du « Know How »<sup>299</sup>**

Cette définition varie selon qu'il s'agit du droit interne (**Sous-Paragraphe 1**), ou du droit communautaire et international (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>297</sup> La France a ratifiée cet accord et mis sa législation en conformité avec ces dispositions par la loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la contrefaçon.

<sup>298</sup> Actualités de droit de l'entreprise, librairies techniques 1970, avec rapport général de P. Durand. *Cah.dr. entr.* le savoir-faire comme de « Nouvelles technique contractuelles ».

<sup>299</sup> L'expression de savoir faire constitue la traduction officielle du mot anglais « Know-how ». Le débat purement terminologique entre ces deux notions n'a en fait que peu d'intérêt, puisque la pratique ainsi que la jurisprudence, suivant en cela le législateur et la doctrine, qui font de ces deux notions de parfaits synonymes.

### *Sous-Paragraphe 1 : La définition du savoir faire par le droit interne.*

La recherche d'une définition de la notion du savoir faire en droit interne présente quelques remarques non-négligeables. En effet, aucun texte législatif en droit interne ne le mentionne, ni ne contient de définition de ce terme. Une étude approfondie des sources légales et jurisprudentielles révèle l'existence d'une notion, qui se fusionne ou qui parfois se confond avec d'autres notions voisines.

Mais, il faut néanmoins souligner que cette notion du savoir faire est au cœur du contrat de franchise. Il ne peut y avoir de franchise sans transmission du savoir faire par le franchiseur au franchisé, et sur ce point, il n'y a pas de divergences particulières. Ainsi, l'arrêté ministériel du 12 janvier 1973, qui francisa le terme « *Know-how* » en savoir faire, le définit brièvement comme : « *une habilité acquise par l'expérience*<sup>300</sup> ». Mais, cette définition- si on pourra la considérée ainsi, reste insuffisante.

Par ailleurs, la norme AFNOR<sup>301</sup> NFZ 20000 du 16 juillet 1987, précise en matière de franchise que : « *le contrat doit indiquer dans quelles conditions techniques le savoir-faire est initialement communiqué. Il doit nécessairement prévoir l'organisation d'au moins un stage de formation initiale, théorique et pratique, préalable à l'ouverture du point d'exploitation, accompagné d'une assistance technique sur place lors de l'ouverture* »<sup>302</sup>.

Cependant, cette norme a été critiquée par la Fédération Française de la Franchise (FFF), ce qui peut expliquer le fait qu'elle n'a pas été officiellement homologuée par les pouvoirs publics, de sorte qu'elle n'a qu'une valeur incitative, qui n'est pourtant pas négligeable<sup>303</sup>. Enfin, il s'avère donc qu'il n'existe pas, à proprement dire, une définition précise de la notion du savoir faire en droit interne, cette mission a été visiblement laissée à la charge des autres droits (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>300</sup> Arrêté ministériel su 12 janv. 1973, *JO*, 19 janv. 1973, cité par D. Ferrier, « franchise et savoir-faire, in Mélanges, J-J. Burst, *Litec*, 1997.

<sup>301</sup> Cette abréviation AFNOR signifie : l'Association Française de Normalisation.

<sup>302</sup> D. Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », *op. cit.*

<sup>303</sup> Ph. Le Tourneau, « les contrats de franchisages ». *op. cit.*

*Sous-Paragraphe 2 : La définition du savoir faire en droit communautaire et en droit international.*

Il aurait fallu donc se pencher vers le droit communautaire pour essayer de trouver une définition précise de la notion du savoir faire. Ainsi, selon l'article 1<sup>er</sup> du règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : « le savoir faire constitue un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testé par celui-ci. Dans ce contexte :

- *Le terme « secret » signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans sa configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible » ;*
- *« Substantiel » signifie que le savoir faire doit contenir des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ;*
- *« Identifié » signifie que le savoir faire doit être décrit de manière suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité »<sup>304</sup>.*

En effet, l'article 1<sup>er</sup> du règlement communautaire instaure une série de définitions, dont celle du « savoir faire » à l'alinéa 1<sup>er</sup>, qui s'applique à tous les accords portant sur les restrictions verticales (distribution sélective, distribution exclusive et franchise), il met également en place un élément permettant de justifier des clauses de non concurrence post-contractuelle. La définition donnée doit donc être commune à l'intégralité des accords de distribution énumérés.

---

<sup>304</sup> Règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, remplacé par le règlement européen d'exemption, n° 330/2010 du 20 avril 2010. Le Règlement 2010 reprend la définition du Règlement 1999. (Et à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2009, l'article 81 du traité de la CE, est devenu l'article 101 du traité du TFUE).

Il y'a lieu de constater également que la définition donnée à la notion du « savoir-faire » à l'alinéa 1<sup>er</sup> (e) de ce Règlement est incomplète, surtout par rapport aux accords de franchise. Bien que les trois éléments caractéristiques du savoir faire soient mentionnés, à savoir ses caractères « *secret* », « *substantiel* » et « *identifié* », à l'inverse, aucune mention n'est faite sur l'avantage concurrentiel que doit procurer le « savoir-faire », transmis par le franchiseur au franchisé sur son marché. Ce quatrième élément permet d'expliquer que la notion du savoir faire est, à la différence des autres réseaux de distribution, l'élément indispensable des contrats de franchise. Sans ce savoir faire, qui permet au franchisé de bénéficier d'un avantage concurrentiel sur son marché au regard de son concurrent, la franchise ne peut exister<sup>305</sup>.

Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes a clairement confirmée cet avantage concurrentiel dont bénéficie le franchisé dans le célèbre arrêt « *Pronuptia* » du 28 janvier 1986, au sens duquel : « *dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès* »<sup>306</sup>.

En l'espèce, par ordonnance du 15 mai 1984, parvenue à la Cour<sup>307</sup> le 25 juin suivant, le Bundesgerichtshof<sup>308</sup> a posé, en vertu de l'article 177 du traité *C.E.E*, plusieurs interrogations relatives à l'interprétation de l'article 85 du traité *C.E.E* et du règlement n°67/67 de la Commission du 22/03/1967, concernant l'application de l'article 85 § 3, à des catégories d'accords d'exclusivité<sup>309</sup>, afin que soit examiné l'applicabilité de ces dispositions aux contrats de franchise.

---

<sup>305</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchise », et site en ce sens M. Porter, « l'Avantage concurrentiel », éd. Dunod, 1999.

<sup>306</sup> *CJCE* 28 janvier 1986, cas 161/84, 1986.

<sup>307</sup> C'est la Cour de justice des communautés européennes de Luxembourg qui est visée.

<sup>308</sup> Le Bundesgerichtshof est la Cour fédérale de justice allemande (BGH), elle est la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne.

<sup>309</sup> Ces accords ont été publiés au Journal Officiel de 1967, p. 849.



Ces interrogations ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la *société Pronuptia de Paris GmbH de Francfort-sur-le-Main* (ci-après le franchiseur), filiale d'une société française du même nom, et Madame Schillgalis de Hambourg qui exploite un commerce sous le nom *Pronuptia de Paris* (ci-après le franchisé), conflit qui porte sur l'obligation du franchisé de payer au franchiseur des arrières de redevances sur son chiffre d'affaires des années 1978 à 1980.

La société-mère française du franchiseur distribue sous la marque « *Pronuptia de Paris* », des robes de mariée et d'autres vêtements portés à l'occasion de mariages. En République allemande, la distribution de ces produits est assurée soit dans des magasins exploités directement par sa filiale, soit dans des magasins appartenant à des détaillants indépendants qui sont liés à elle par des contrats de franchise, conclus en son nom par sa filiale, agissant en même temps en son nom propre.

Ainsi, par trois contrats qui ont été conclus le 24 février 1980, le franchisé a obtenu une franchise pour trois zones distinctes, celles de Hambourg, d'Oldenbourg et de Hanovre. Ces trois contrats sont rédigés en termes pratiquement identiques [...]. Un conflit est né et le franchisé a été condamné en première instance au paiement de 158502 DM<sup>310</sup> au titre d'arrières de redevances sur son chiffre d'affaires des années 1978 à 1980.

Le franchisé a interjeté appel de ce jugement devant l'Oberlandesgericht<sup>311</sup> de Francfort-sur-le-Main, en faisant valoir, pour échapper au paiement de ces arrières, que les contrats en cause violaient l'article 85, § 1<sup>er</sup> du traité et ne bénéficiaient pas par conséquent de l'exemption par catégorie accordée aux accords d'exclusivité, par le Règlement n° 67/67 précité de la Commission par arrêt du 2 décembre 1982, l'Oberlandesgericht a fait droit à l'argumentation du franchisé.

Il a jugé que les engagements d'exclusivité réciproque constituaient des restrictions de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, le franchiseur ne pouvant approvisionner

---

<sup>310</sup> DM signifie Deutsche Mark qui constituait la devise allemande avant l'entrée en vigueur de la devise européenne unique l'Euro le 01 janvier 2002.

<sup>311</sup> l'Oberlandesgericht est une Cour d'appel provinciale en Allemagne.

aucun autre commerçant dans le territoire sous contrat et le franchisé ne pouvant acheter et revendre d'autres marchandises en provenance d'autres Etats membres que de manière limitée. Ne bénéficiant pas d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, ces contrats devaient selon lui, être considérés comme nuls en vertu de l'article 85, paragraphe 2. Sous le rapport de l'exemption, l'Oberlandesgericht a estimé en particulier qu'il n'était pas nécessaire pour lui de décider si les contrats de franchise sont exclus par principe du champ d'application du règlement n° 67/67 précité de la Commission.

En effet, selon l'Oberlandesgericht, les contrats en cause comportent en toute hypothèse des engagements qui vont au-delà de ceux décrits dans l'article 1<sup>er</sup> de ce règlement et qui sont constitutifs de restrictions de la concurrence non ouvertes par l'article 2. Le franchiseur a introduit contre cet arrêt un pourvoi en révision devant le Bundesgerichtshof<sup>312</sup> en concluant au maintien du jugement rendu en première instance. Le Bundesgerichtshof a estimé que la décision à prendre sur le pourvoi en révision dépendait de l'interprétation du droit communautaire.

Ce système permet par ailleurs, à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire, d'accéder à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs travaux de recherche et les fait profiter également de la réputation de l'enseigne<sup>313</sup>. En outre, l'expérience transmise au candidat franchisé est comprise comme un accélérateur de mouvement devant permettre au franchisé d'exploiter très rapidement et dans des meilleures conditions financières, un domaine d'activité très rentable. Il passe ainsi outre les fourches caudines de l'étape de lancement redoutée des investisseurs et limite considérablement le risque d'échec du concept de franchise qu'il entend faire évoluer.

Par ailleurs, le règlement communautaire CE n°4087/88 du 30 novembre 1988 faisait également état de la nécessité de prendre en compte le savoir faire dans les accords de franchise. Il est en effet précisé dans son article 1 à 3 (g) que : « *le savoir faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa*

---

<sup>312</sup> Le Bundesgerichtshof correspond à la Cour de justice fédérale allemande, il est l'équivalent de la Cour de cassation Française.

<sup>313</sup> D, Ferrier, « droit de distribution », *Litec*, 3<sup>e</sup> éd. 2002.

*position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché »<sup>314</sup>.*

En plus, le Règlement CE du 22 décembre 1999 a défini le savoir faire comme étant : « *l'ensemble secret, substantiel et identifié, d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci* »; dans ce contexte, le terme « *secret* » veut dire que le savoir faire, dans son ensemble ou dans sa configuration et dans l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; « *Substantiel* » signifie que le savoir faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; Enfin, « *identifié* » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité»<sup>315</sup>.

On pourra en déduire de cette définition que ce concept de savoir faire ayant pour objectif de réitérer une réussite commerciale. Il doit ainsi être « *pratique* » et « *substantielle* ». Les réseaux de franchise pilotes donnent, à cet égard, un exemple tangible qui facilite l'intégration du futur candidat franchisé, tout en lui permettant de s'accoutumer avec le savoir-faire proposé.

Dans ce cadre, l'expression de « *connaissances techniques* » utilisé par la doctrine, mis le point plus sur une approche réductrice, que sur une approche clarificatrice de la notion du savoir faire, dès lors que ces « *connaissances* » peuvent ne pas être des connaissances technique<sup>316</sup>.

De surcroit, le savoir faire doit être « *original* » et « *spécifique* », ce qui exige par conséquent beaucoup de confidentialité et de secret. Il doit ainsi correspondre à une « *valeur commerciale* », puisqu'il doit se concrétiser par la fourniture d'un avantage économique au

---

<sup>314</sup> Articles 1 à 3 (g), du Règlement CEE n°4087/88 du 30 novembre 1988.

<sup>315</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 1<sup>er</sup> de du Règlement CEE du 22 décembre 1999.

<sup>316</sup> A ce propos, voir par exemple le « Guide sur les accords internationaux de franchise principale », Rome, Unidroit,2000, note 10, p. 131.

profit de celui qui le détient. Autrement dit, l'obligation du franchiseur correspondant à la transmission du savoir faire serait sans signification, si cette connaissance est à la portée de tout le public.

Mais, il faut souligner que le secret est ici relatif, dans la mesure où certains éléments pris individuellement peuvent être généralement connus, tel est le cas par exemple de la connaissance par certains professionnels de certains éléments séparés, qui n'affecte et ne touche surement pas son originalité<sup>317</sup>. Ainsi, ce qui importe, selon P. Bessis : « *c'est l'originalité de leur assemblage. C'est également, ce mélange original et spécifique qui est secret* »<sup>318</sup>.

En outre, ce savoir-faire doit être « *identifié* ». L'examen et l'étude des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du règlement CE de 1999, impose l'existence d'un formalisme indispensable au respect de cette identification du concept du savoir faire, qui se concrétise, en pratique, par des supports matériels prévus à cet égard. Cette obligation se justifie par deux aspects: d'une part, « *cette obligation qui impose un certain formalisme est la démonstration, dans chaque contrat de franchise, de la transmissibilité du savoir-faire* »<sup>319</sup>, ce qui permettrait, par la même occasion au futur candidat franchisé de s'engager en toute connaissance de cause<sup>320</sup>.

D'autre part, un savoir-faire « *identifiée* », peut être le moyen de preuve le plus efficace, pour éventuellement prouver l'existence de ce savoir-faire et sa véritable transmission au futur candidat franchisé et donc par conséquent la preuve de l'existence d'un contrat de franchise. Dans un tel contexte et conformément aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du ce Règlement CE de 1999, « *si le franchisé se trouverait à contester la réalité du savoir-faire du franchiseur, il lui appartiendra alors, de prouver que ce savoir-faire ne présente aucune originalité, spécificité et expérimentation* »<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> Voir l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon, le 10 oct. 1990, *Juris-Data*, n° 0048285.

<sup>318</sup> P. Bessis, « Le contrat de franchisage: notions actuelles et apport du droit européen », *éd. rev. Et corr.*, Paris, *LGDJ*, 1990, note 101, p. 32.

<sup>319</sup> J.M. Leloup, *op.cit.*, note 41, p. 34.

<sup>320</sup> *IBID.*

<sup>321</sup> Article 1<sup>er</sup> du Règlement CEE n°2790/1999 du 22 décembre 1999.

En ce qui concerne le règlement d'exemption n°330/2010, il énonce dans son article 1<sup>er</sup> g, que le savoir-faire est « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci* »<sup>322</sup>.

De surcroît, le Code de déontologie européen de la franchise a défini le savoir faire comme étant : « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié* »<sup>323</sup>.

Il ressort de l'ensemble des définitions nationale et communautaire que pour caractériser le savoir-faire ce dernier doit être : « secret », « substantiel » et « identifié » :

- **Secret** : c'est-à-dire qu'il ne doit pas être immédiatement accessible au public. En effet, le savoir faire ne présente d'intérêt et ne représente une valeur que s'il a un certain caractère confidentiel. Toutefois, le secret n'est pas entendu de façon absolue : il peut être partagé entre un certain nombre de personnes, notamment si elles sont tenues à une obligation de confidentialité. En outre, l'exigence du secret ne signifie pas non plus que les éléments du savoir-faire doivent être totalement inconnus ou impossibles à obtenir en dehors de l'entreprise qui le détient ; ils doivent être simplement difficiles à acquérir et non répandus.
- **Substantiel** : c'est-à-dire qu'il doit couvrir des informations utiles, permettant notamment d'améliorer la compétitivité de l'entreprise ou de la personne morale qui les détient, tout en lui conférant un avantage ou une avance technique dans sa concurrence avec d'autres entreprises concurrentes. Les informations substantielles peuvent être enfin opposées à des informations courantes ou banales.
- **Identifié** : c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

---

<sup>322</sup> Article 1<sup>er</sup> du Règlement européen d'exemption, n° 330/2010 du 20 avril 2010.

<sup>323</sup> Le code de déontologie européen de la franchise est la remise à jour du code créé en 1972 par la fédération européenne de la franchise.

En ce qui concerne la définition de la notion du savoir faire en droit international, il faut souligner que cette expression de « *savoir faire* », traduite en anglais par les termes **du** « *know-how* » et qui est pratiquement présente dans toutes les législations communautaires, n'est pas mondialement utilisée. C'est le cas par exemple de la législation américaine où la *Federal Trade Commission (FTC) Rule*, se référant au contrôle sur l'assistance significative à la gestion des affaires du franchisé<sup>324</sup>.

Cependant, le droit italien<sup>325</sup>, contrairement à son homologue américain et à l'instar du droit européen, a défini le savoir faire dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 129/2004, comme : « *un ensemble substantiel, secret et identifié, de connaissances pratiques, non brevetées, découlant de l'expérience acquise par le franchiseur* »<sup>326</sup>. D'ailleurs, en matière de savoir faire, le droit italien de la franchise se réfère au terme *Know How*, sans forcément donner un nom propre à cette expression en langue italienne<sup>327</sup>.

Cet article détermine également le sens des mots « *secret* », « *substantiel* » et « *identifié* » : d'abord, le premier terme signifie l'ensemble des connaissances non connues, ou non facilement accessibles. Ensuite, le mot « *substantiel* » désigne l'ensemble de connaissances indispensables au franchisé dans l'exercice de son activité. Enfin, le mot « *identifié* » signifie que le savoir-faire doit être envisagé d'une façon exhaustive, de manière à s'assurer qu'il présente effectivement un caractère « *secret* » et « *substantiel* », contrairement au droit espagnol qui, dans son article 2 alinéa 1 (b) du *Real Decreto*<sup>328</sup> n° 2485/1998, modifié par le *Real Decreto* n° 419/2006, précise que : « *le franchiseur doit communiquer au franchisé un « *saber-hacer* = un savoir faire* », mais sans pour autant le définir.

Mais, cette définition donnée au concept du savoir-faire reste, aux yeux du législateur italien, trop générale pour répondre à toutes les problématiques pratiques. C'est ce

---

<sup>324</sup> 16 CFR § 436.1 (h)(2), FR vol. 72 du 30 mars 2007, p. 15544.

<sup>325</sup> Il faut souligner ici que le droit italien se réfère au terme anglais du « *know how* », sans introduire une expression propre en langue italienne », dans ce sens voir R. Baldi, « Il contratto di agenzia, La concessione di vendita e il franchising », Milan, *Giuffrè*, 7<sup>ème</sup> éd., 2001, p.164.

<sup>326</sup> Cette définition est donnée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi italienne n° 129/2004.

<sup>327</sup> R. Baldi, A. Venezia, « Il contratto di agenzia, La concessione di vendita e il franchising », *op. cit.*, p.164.

<sup>328</sup> *Ce mot espagnol signifie en français Décret Royal.*

qui résulte d'un arrêt rendu par le tribunal de Bologne le 2 septembre 1999. En l'espèce, le franchiseur, à la fin du contrat, demandait au tribunal d'interdire l'utilisation par la franchise de tout signe distinctif rappelant la franchise, y compris les meubles et la décoration du magasin. Il soutenait que l'utilisation de ces éléments à la fin du contrat devait être considérée comme un acte de concurrence déloyale, en vertu de l'article 2598 du Code civil italien.

Ainsi, dans cette affaire, le tribunal a décidé que : « *le franchisé devait cesser d'utiliser la marque ainsi que les autres signes distinctifs, tout en observant que la décoration ne pouvait pas être protégée par les règles sur la concurrence déloyale : s'agissant de biens matériels visibles, elle ne représentait pas un ensemble de connaissances secrètes* »<sup>329</sup>.

Il faut souligner également que dans le cadre de la transmission du concept du savoir-faire, ce transfert s'effectue par le biais de manuels, connus sous le nom de « *Package* » ou « *Bible* ») ou des cours de formation. La loi étant muette sur la question, le franchiseur est libre de choisir les modalités du transfert, à condition que le franchisé soit à même de comprendre les règles et procédures nécessaires à son activité, qui doivent correspondre à la pratique des affaires<sup>330</sup>.

En ce qui concerne le droit allemand, il a défini le savoir faire comme étant « *un certain savoir technique ou commercial* »<sup>331</sup>. *Ce savoir-faire doit être suffisamment testé et sûr*<sup>332</sup> et doit conférer au franchisé un avantage concurrentiel, en améliorant ses performances et en lui facilitant la pénétration de nouveaux marchés »<sup>333</sup>.

---

<sup>329</sup> Arrêt rendu par le Tribunal de Bologne, le 2 septembre 1999.

<sup>330</sup> M. A. Caruso, « Franchising e trasferimento del know how », *lure Praesentia*, 1997, p. 219 et s.;

V. A. Frignani, *Factoring - Leasing - Franchising - Venture capital - Leveraged Buy-out- Hardship clause - Countertrade- Cash and Carry - Merchandising - Know how - Securization*, Torino, 1996, p. 220.

<sup>331</sup> H. Stumpf, « Der Know-How- Vertrag », 3<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, 1977, ann. 10; J. P. Giesler, in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht*, loc. cit., BB 2003, p. 1025 n° 14.

<sup>332</sup> OLG Karlsruhe, arrêt du 13 mars 1989 - 12 U 235/88 ; J. P. Giesler, loc. cit., ZIP 2000, p. 2102.

<sup>333</sup> W. Kroll, « Informationspflichten im Franchising », Frankfurt am Main, 200 l, p. 72; R. Bohner, loc. cit. , «in Gedächtnisschrift for Walther Skaupy», NJW 1994, p. 16.

Le droit allemand prévoit également que le savoir faire doit être secret, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être directement accessible sans grand effort<sup>334</sup>, ce qui implique que l'importance de l'avantage dépend de la nature du réseau de franchise<sup>335</sup>, mais le franchiseur doit garantir une certaine utilité économique du savoir faire, appelée en allemand « *wirtschaftliche Verwertbarkeit* »<sup>336</sup>.

Ainsi, la transmission du savoir-faire peut se réaliser soit par la remise d'un manuel, ou soit par la communication de directives, ou soit par des formations de base<sup>337</sup>. Le savoir-faire doit être toujours suffisamment détaillé<sup>338</sup>. D'ailleurs, la doctrine allemande se demande s'il existe à la charge du franchisé seul une obligation de vérifier si le franchisé est capable de comprendre et d'appliquer ce qui lui a été transmis, notamment au cours de formations. Certains auteurs, comme J.P.Giesler, affirment qu' : « *une telle obligation de contrôle existe, bien que la jurisprudence n'ait pas encore eu l'occasion de se prononcer* »<sup>339</sup>.

Au niveau international, la résolution adoptée par le Comité exécutif de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en sa séance du 21 Février 1961 a défini le savoir faire comme étant : « *toutes les connaissances appliquées - méthodes et données - qui sont nécessaires à l'utilisation effective et à la mise en pratique des techniques industrielles* »<sup>340</sup>.

De plus, selon la définition schématique de l'Organisation des Nations Unies pour le Développement Industrielle (ONUDI)<sup>341</sup> datant de 1977, le savoir faire veut dire : « *la*

---

<sup>334</sup> M. Martinek, "Moderne Vertragstypen", *Band 2*, "Franchising, Know-how-, Marketing- und Consultingverträge", München : *Beck* 1992, p. 219.

<sup>335</sup> J. P. Giesler, « in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht*, *op. cit.*, p. 1033 et s.

<sup>336</sup> W. Kroll, "Informationspflichten im Franchising", *op. cit.*, p. 72 ; OLG Oldenburg, *DStR*, 1998, p. 903.

<sup>337</sup> J.P. Giesler, « in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht* », *op. cit.*, p. 1034 et s.

<sup>338</sup> J.P. Giesler, « Das Minderungsrecht des Franchisenehmers », *ZIP* 2000, p. 2102.

<sup>339</sup> J.P. Giesler, « in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht* », *op. cit.*, p. 1035 et s.

<sup>340</sup> Définition de la CCI dans sa séance du 21 février 1961.

<sup>341</sup> L'ONUDI a été fondé en 1966 et est devenu une Agence des Nations unies en 1985. Faisant partie intégrante du système des Nations Unies, l'ONUDI a la responsabilité de promouvoir l'industrialisation partout dans le Tiers-Monde, en coopération avec ses 169 Etats membres. Son quartier général est à Vienne et avec 36 pays et des bureaux régionaux, 10 bureaux promotion de l'investissement et de la technologie et un certain nombre de bureaux se rapportant à des aspects spécifiques de son travail, l'ONUDI entretient une présence active dans tous les domaines.



*somme de connaissances, expériences et compétences nécessaires pour la fabrication d'un produit ou la mise en œuvre d'un procédé et pour la création d'une entreprise à cette fin »<sup>342</sup>.*

En outre, la loi type de l'Organisation Maritime Internationale (OMI) traitant du savoir faire dans son article 201, limite son champ d'application à des « *informations, données ou connaissances qui sont de nature technique* »<sup>343</sup>.

D'ailleurs, l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI), a adopté la même définition que l'OMI<sup>344</sup>, mais précise néanmoins que : « *le savoir faire peut consister en des connaissances de nature technique, commerciale, administrative, financière ou d'autre nature qui sont pratiquement applicables dans les opérations d'une entreprise* »<sup>345</sup>.

En effet, la notion de savoir faire n'est pas réduit au seul domaine industriel, l'existence d'un savoir faire commercial constitué par un ensemble de connaissances non techniques est également admis. Mais, la définition la plus récente du savoir faire reste celle qui a été donnée par la Commission européenne dans l'article 10 du règlement de New York du 31 Janvier 1996, il s'agit en effet de : « *l'ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiées de toute manière appropriée* »<sup>346</sup>.

En guise de conclusion, on a pu constater que le droit interne français n'a pas défini la notion du savoir faire et que c'est le règlement européen n° 2790/1999, relatif à l'exemption par catégories des accords verticaux et des pratiques concertées, c'est-à-dire des ententes verticales, qui s'est chargé de cette mission.

---

<sup>342</sup> Cette définition a été donnée par l'Organisation des Nations Unies pour le Développement Industrielle (ONUDI).

<sup>343</sup> Cette définition du savoir faire est celle donnée par l'article 201 de la loi type de l'Organisation Maritime Internationale (OMI).

<sup>344</sup> L'OMI est l'Organisation Maritime Internationale.

<sup>345</sup> Définition du savoir faire donnée par l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI), dont Le Groupe Français de l'AIPPI est une association régie par la loi du 1er juillet 1901. Il constitue la branche française de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle - AIPPI. L'adhésion au Groupe Français entraîne l'appartenance à l'association internationale, l'AIPPI. Les membres du Groupe français de l'AIPPI se répartissent en trois familles : la famille des juristes, la famille des conseils, et la famille des industriels.

<sup>346</sup> Définition donnée par l'article 10 de la Convention de New York du 31 janvier 1996.

De surcroît, la Commission Européenne a publiée, le 28 juillet 2009, le projet de règlement communautaire destiné à remplacer ce Règlement n°2790/1999. Ainsi, ce projet de règlement apporte deux principales modifications relatives au savoir-faire, lesquelles se révéleront, en pratique, particulièrement favorables aux franchiseurs, dont à ce jour il reste délicat de mesurer précisément l'impact, si elles étaient retenues dans le projet final du nouveau règlement communautaire.

D'ailleurs, le projet de règlement intègre la notion du savoir faire dans la définition des droits de propriété intellectuelle, lui accordant ainsi une protection renforcée, qui reste néanmoins à définir<sup>347</sup>. De plus, ce nouveau Règlement a beaucoup assoupli la définition de la notion du savoir-faire.

Par ailleurs, la principale modification apportée par ce nouveau projet de règlement communautaire, concerne le caractère substantiel du savoir-faire, qui signifie que ce dernier devrait désormais uniquement être « *important et utile* » à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels, alors que le l'ancien règlement de 1999, exigeait que les informations contenues dans le savoir-faire doivent être « *indispensables* » à l'acquéreur<sup>348</sup>.

Enfin, si la notion du savoir-faire a fait l'objet de définitions communautaires et internationales, cela n'a pas pour autant empêcher la jurisprudence et la doctrine, de mettre leurs contribution pour essayer de définir au mieux cette notion de savoir faire (Paragraphe II).

---

<sup>347</sup> Article 1.1.d) du projet de règlement : « droits de propriété intellectuelle », les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins ».

<sup>348</sup> L'article 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> (e) du projet de ce nouveau Règlement prévoit que le savoir-faire est « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; « substantiel » signifie que le savoir-faire est important et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; « identifié » signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité* ».

## **Paragraphe II : Les définitions jurisprudentielles et doctrinales du savoir-faire.**

En l'absence de définition légale du savoir faire en droit national, la jurisprudence se réfère à celle fournie par le Règlement n°2790/1999 relatif à l'exemption par catégories des accords verticaux et des pratiques concertées, c'est-à-dire des ententes verticales (**Sous-Paragraphe 1**). Par ailleurs, la doctrine, remplissant son office, en propose un important échantillon de lecture de la notion du savoir faire, moyennant un mouvement foisonnant depuis de nombreuses années<sup>349</sup> (**Sous-Paragraphe 2**).

### *Sous-Paragraphe 1 : Les tentatives de définition du savoir faire par la jurisprudence.*

La jurisprudence française n'a pas véritablement élaboré une définition générale du savoir faire<sup>350</sup>. Ce dernier a été défini par la Cour de cassation comme étant : « *tout les procédés et tours de mains ignorés par le franchisé* »<sup>351</sup>. De surcroît, la Cour d'appel de Paris l'avait défini dans un arrêt du 25 janvier 1975<sup>352</sup> comme : « *un ensemble de méthodes commerciales de nature à fonder la réussite du franchiseur* »<sup>353</sup>.

De plus, dans un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu le 3 octobre 1989, la Cour avait défini le savoir-faire comme étant toutes « *les techniques commerciales expérimentées constamment mises au point par le franchiseur* »<sup>354</sup>. Dans le cadre de litige entre le franchiseur et le franchisé, les tribunaux apprécient la réalité du savoir-faire du franchisé. En effet, l'existence du savoir-faire étant parfois difficile à démontrer, son appréciation revient donc au pouvoir souverain du juge de fond.

---

<sup>349</sup> Dans ce cadre, des travaux ont été réalisés depuis de nombreuses années, tel est le cas par exemple des travaux réalisés dans les années soixante dix par A. Wise, « Trade secret and Know How, throughout the world », *Vol. 3 et 4*, New York 1976.

<sup>350</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *éd. Joly*, 2009.

<sup>351</sup> Cass, com. 13 juillet 1966, *JCP*. 1967, II, 81684, note. P. Durand

<sup>352</sup> BIBD 1975, III, p. 333.

<sup>353</sup> Ph. Le Tourneau, « les contrats de franchisages », et il site en ce sens, D. Ferrier, « franchise et savoir-faire », in Mélanges J-J. Burst, *Litec*, 1997, p. 157 s.

<sup>354</sup> Cass. Com. D.1990, p.370, obs. D. Ferrier.

D'ailleurs, il existe quelques décisions jurisprudentielles qui précisent les critères d'appréciation actuels propres à établir l'existence d'un savoir-faire et ceux qui, par nature, doivent être indifférents à cette appréciation. Ces différentes décisions sont importantes, car : « *si, en vertu du principe de droit commun actor incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor, la preuve de l'absence ou du manque d'originalité du savoir-faire incombe à celui qui l'invoque, cette solution doit être cependant nuancée, dès lors qu'en pratique, les juridictions s'attachent en réalité le plus souvent à relever que des prestations ont bien été fournies au franchisé* »<sup>355</sup>.

Il faut d'ailleurs mettre en évidence le fait que le franchiseur est parfois obligé d'apporter la preuve qu'il a bien transmis son concept de savoir faire au franchisé, à charge pour ce dernier, une fois ceci établi, de démontrer que ce concept ne répond pas aux caractères du savoir-faire, et notamment qu'il est dépourvu d'originalité<sup>356</sup>. Ainsi, les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis pour justifier de la réalité du savoir-faire<sup>357</sup>.

Par conséquent, la jurisprudence prévoit les critères d'appréciation que le juge doit exclure pour examiner l'existence du savoir-faire. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, le 27 novembre 2007, la Cour a considéré que : « *certes les techniques sont connues et le dossier ne permet pas, en l'absence de test comparatif, de déterminer si l'un au moins des produits et le disque étaient originaux et d'une efficacité supérieure à ceux des concurrents autrement dénommés, une telle originalité n'étant cependant pas requise pour la validité d'un contrat de franchise* » et que le franchisé « *s'étant vu transmettre des connaissances, schémas techniques, procédures et modes opératoires qui, globalement, permettaient de réaliser dans des conditions optimales l'objet de la franchise, l'existence du savoir-faire est contestée à tort* »<sup>358</sup>.

De plus, dans un autre cas d'espèce, les juges du fond ont rappelé que le savoir faire d'un franchiseur n'est pas nécessairement original ou spécifique, mais il doit être évalué en

---

<sup>355</sup> Petites affiches, 13 novembre 2009 n° 227, p. 23.

<sup>356</sup> Cass. com., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-20048.

<sup>357</sup> Cass. com., 20 mai 2008, pourvoi n° 06-19234.

<sup>358</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, rendu le 27 novembre 2007, *Juris-Data*, n° 2007-353372.

fonction de son antériorité et du succès du réseau qu'il réunit. Ainsi, le Tribunal de commerce de Rouen avait précisé relativement à cette affaire que : « *le franchisé a choisi librement son franchiseur comme, depuis 1995, 150 autres à la date de remise du document d'information précontractuelle* »<sup>359</sup>.

De surcroît, dans un autre arrêt rendu cette fois-ci par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, la Cour a estimé que : « *l'originalité requise pour la constitution du savoir-faire ne doit pas nécessairement se rapporter à tous les éléments transmis par le franchiseur au franchisé* »<sup>360</sup>.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a déclaré que : « *le savoir-faire que le franchiseur à l'obligation de transmettre au franchisé, ne lui impose pas de transmettre des éléments essentiellement originaux, que cette transmission peut, au contraire, être acquise, comme en l'espèce, par la mise à disposition du franchisé d'une gamme de produits sélectionnés (peu importe que chacun des produits concernés puisse être commercialisé par un tiers), d'un concept décliné par la « présentation » des boutiques, les conseils donnés pour les relations avec la clientèle et la mise à disposition de l'enseigne* »<sup>361</sup>.

Il faut souligner également que dans une autre décision rendue toujours par la Cour d'appel de Paris, le 7 juin 2006, la Cour a estimé que : « *le simple fait d'évoquer la simplicité du concept du savoir faire n'est pas forcément un motif valable pour remettre en cause l'existence du savoir-faire* »<sup>362</sup>. Par ailleurs, cette même Cour a considéré que : « *l'insuffisance du « succès commercial » rencontré par le franchiseur comme son « expérience limitée » au moment de la signature du contrat de franchise ne suffisent pas à établir l'absence de tout savoir-faire* »<sup>363</sup>.

La jurisprudence considère également que : « *l'inexpérience d'un franchiseur étranger sur le territoire français ne suffit pas davantage à caractériser l'absence de savoir-*

---

<sup>359</sup> Arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Rouen, le 29 septembre 2008, RG, n° 003843.

<sup>360</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009.

<sup>361</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, RG, n° 06/11392.

<sup>362</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 juin 2006, *Juris-Data*, n° 2006-312420.

<sup>363</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 23 novembre 2006, RG, n° 03/02384.

*faire* »<sup>364</sup>. En outre, selon un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 11 décembre 2007 : « *l'existence et l'originalité du savoir-faire peuvent être également déduites de la reconnaissance de l'efficacité du concept par des professionnels de la franchise* »<sup>365</sup>.

De même, dans une décision rendue par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, la Cour a écarté le raisonnement d'un franchisé qui contestait l'existence du savoir-faire, pour le seul motif qu'il aurait été l'un des premiers franchisés du réseau de franchise. Dans cette affaire la Cour a décidé de rejeter cet argument pour les raisons suivantes : « *d'une part, le franchisé avait connaissance de cet élément en s'engageant dans le cadre du contrat de franchise, et d'autre part, ce fait ne peut constituer en soi, un manquement à l'objet du contrat ou un vice du consentement, conduisant à la nullité de celui-ci* »<sup>366</sup>.

De surcroît, dans un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai, le 16 décembre 2010, la Cour a estimé que : « *l'existence d'un savoir-faire était rapportée par le franchiseur qui avait justifié de la satisfaction de certains de ses franchisés et du développement de son réseau* »<sup>367</sup>.

De plus, la Cour d'appel de Paris avait déjà retenue que : « *l'existence d'un savoir faire du franchiseur consistant « en l'organisation du premier réseau national de promoteurs immobiliers conférant des moyens nationaux à des professionnels régionaux reconnus pour leur expertise et leur connaissance du marché local. La transmission dudit savoir-faire s'effectue par le manuel de politiques et procédures adressé à chaque franchisé et explicitant les procédures et la méthodologie P. Norman., par la mise à disposition de l'intranet du réseau, ainsi que par l'organisation de réunions d'objectifs, outre divers conférences et séminaires* »<sup>368</sup>.

---

<sup>364</sup> Arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Paris, le 28 septembre 2005, RG, n° 2002-055929.

<sup>365</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 11 décembre 2007, RG, n° 06/02396.

<sup>366</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, RG, n° 06/11392.

<sup>367</sup> Arrêt rendu par la 2<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'appel de Douai, 16 décembre 2010, n° 09/03535.

<sup>368</sup> Arrêt rendu par la 4<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'appel de Paris, le 22 septembre 2010, n° 09/14659.

Ainsi, les tribunaux suivent les circonstances, en estimant que le contrat de franchise repose par essence, sur l'existence d'un savoir-faire<sup>369</sup>, qui doit être « *licite, identifié, original, spécifique, substantiel, secret et expérimenté* ». Ces différents critères seront étudiés de manière plus approfondie dans la partie consacrée à cet effet (Sous-Paragraphe 2).

### ***Sous-Paragraphe 2 : La définition doctrinale du savoir-faire***

Ce concept de savoir faire a fait beaucoup d'échos au niveau doctrinal et a pris de l'importance, comme en témoigne la déclaration de Beaumarchais, qui estime dans ce sens que : « *pour gagner du bien, le savoir-faire vaut mieux que le savoir* »<sup>370</sup>. Vigoureux de cet apriori positif et favorable, il ne suffisait pas que le savoir-faire joue ce rôle primordial dans la révolution industrielle qu'à connu le 18<sup>ème</sup> siècle, mais, il a été promu par la suite au nombre des bases solides qui gouvernent la société. C'est ce qui découle d'ailleurs de l'affirmation de Ch. Cahier qui estime que : « *Trois savoirs gouvernent le monde : le savoir, le savoir vivre et le savoir-faire, mais ce dernier souvent tient lieu des deux autres* »<sup>371</sup>.

Par ailleurs, « *tout métier, quel qu'il soit, élabore une orthopraxie, un « savoir » qui s'acquiert, et s'acquiert uniquement, grâce à une imitation assidue dans la pratique, des techniques et des expériences reprises de maîtres exemplaires et une totale maîtrise de celles-ci. Pour l'essentiel, ce savoir ne peut même pas faire l'objet d'une mise en mots : seule la pratique inlassablement réitérée permet de l'acquérir* »<sup>372</sup>.

Ainsi, ce savoir faire consiste en : « *un ensemble d'information pour la connaissance desquelles une personne désireuses de faire des économies d'argent et de*

---

<sup>369</sup> Il faut souligner que les juges du fond estiment dans certains cas que le savoir-faire n'existe pas, dans ce sens voir la décision rendue par le Tribunal de commerce de Marseille, rendue le 17 mars 2008, RG, n° 2007/F01813

<sup>370</sup> Beaumarchais, « Le mariage de figaro », V III, 1784.

<sup>371</sup> Ch. Cahier, « Proverbes et aphorismes », 1856.

<sup>372</sup> Carruthers, 2002.

*temps, est prête à payer certaines sommes* »<sup>373</sup>. Il consiste également en : « *un ensemble de connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public* »<sup>374</sup>.

De surcroît, P. Mathley définit le savoir faire comme étant : « *un ensemble de connaissances et d'expériences, directement applicables dans la pratique, et servant à une exploitation industrielle* »<sup>375</sup>. A partir de cette définition, un constat s'impose, dans la mesure où cette définition fait référence à un « *ensemble de connaissances et d'expériences* », dont les modalités requises sont d'ordre pratique relative à la mise en application directe de cette ensemble de connaissances et d'expériences, surtout dans le domaine de l'exploitation industrielle. Néanmoins, cette définition encadre extrêmement le champ du savoir faire en question.

En effet, le domaine d'exploitation industrielle limite le savoir faire à une mesure de « *sous brevet* ». La conception industrielle apparaît plus clairement dans la définition que le P. Mathley en propose. Pour lui, ce concept du savoir faire, « *mérite une mention spéciale, en raison de ses liens avec le droit des brevets* ». Mais, cette définition est trop restrictive, dans la mesure où le savoir faire est une catégorie quelque peu hétérogène qui comporte divers connaissances techniques, dont le point commun est qu'elles ne rentrent pas dans le domaine du droit privatif.

Par ailleurs, le savoir faire pourrait être « *un ensemble finalisé de connaissances pratiques, transmissibles, non immédiatement accessible au public, non brevetées, et conférant à celui qui maîtrise cet ensemble un avantage concurrentiel* »<sup>376</sup>.

Selon ce même auteur, « *le savoir-faire repose sur la combinaison d'éléments tels que la marque, les signes distinctifs, l'agencement du point de vente, les services rendus à la clientèle, les efforts de promotion, les produits ou services commercialisés, les conseils par le*

---

<sup>373</sup> J. M. Mousseron, « *Traité des brevets* », *Litec*, T. 1, 1984.

<sup>374</sup> J. M. Mousseron, « *Aspect juridique du Know-how* », *Cah, droit des entreprises*, 1972.

<sup>375</sup> P. Mathély, « *Le nouveau droit français des brevets d'invention* », *LJNA*, 1991, p. 14.

<sup>376</sup> J. M. Leloup, « *La franchise, Droit et pratique* », C. 349, p. 53.



franchiseur »<sup>377</sup>. On entend aussi par cette notion du savoir-faire toute « *connaissance technique, conférant un avantage économique, transmissible, secrète, non brevetée et identifiée* »<sup>378</sup>.

Un autre auteur considère que ce savoir faire : « *constitue une combinaison de compétences relatives à l'organisation de la production et/ou de la distribution de produits ou services, mise au point et expérimentée par le franchiseur, transmis eu franchisé dès la signature du contrat et imprimé, comme ses perfectionnements, grâce à une assistance et un contrôle permanents* »<sup>379</sup>.

Enfin, le savoir faire renvoie à l'ensemble des « *connaissances substantielles, originales et gardées secrètes, issues des expériences industrielles et/ou économiques du franchiseur, conceptualisées et transposables dans une autre entreprises, dans le but d'améliorer ses performances* »<sup>380</sup>.

Pour conclure, on pourra en déduire de tout ce qui précède que le législateur français n'ayant pas défini, ni réglementé, spécifiquement le savoir-faire, il a d'une part laissé cette mission à la charge de la jurisprudence qui, à son tour s'est inspirée des Règlements communautaires en la matière. D'autre part, c'est vers le droit international qu'il convient de se tourner pour essayer de déterminer les conditions de la protection du savoir-faire.

Ainsi, selon la législation communautaire, le savoir-faire est « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié* »<sup>381</sup> :

---

<sup>377</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *Litec*. P. 321 ; franchise et savoir-faire, mélanges J-J. Burst, *Litec*, 1997.

<sup>378</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Litec*. 2007.

<sup>379</sup> H. Bensoussan, « Le droit de la franchise », p. 182.

<sup>380</sup> Dominique Baschet, « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », éd. *Gualino*, 2005, il cite en ce sens, le rapport sur le savoir faire dans la franchise, Laboratoire d'Intelligence et des Organisations de l'Université de Haute Alsace, 1998, p. 10.

<sup>381</sup> Le code de déontologie européen de la franchise est la remise à jour du code créé en 1972 par la fédération européenne de la franchise.

- *Secret*, dans le sens où il ne doit pas être instantanément accessible au public. En effet, le savoir-faire n'a pas d'intérêt et de valeur, que s'il dispose d'une certaine confidentialité. Cependant, le secret n'est pas envisagé de manière absolue, dans le sens où il peut être partagé entre bon nombre de personnes, surtout dans le cas où elles sont tenues de respecter une obligation de confidentialité. De surcroît, cette exigence du secret ne veut pas dire que les éléments du savoir-faire doivent être totalement difficilement accessibles en dehors de la société qui le détient, ils doivent être simplement non répandus.
- *Substantiel*, dans le sens où il doit couvrir des informations utiles, qui permettent surtout d'améliorer la compétitivité de la partie qui les détient, ou de lui accorder un avantage ou une avance technique dans sa concurrence avec les autres entreprises. Ces informations substantielles peuvent être opposées à des informations ordinaires et facilement accessibles.
- *Identifié*, dans le sens où il décrit d'une façon raisonnablement complète pour ainsi permettre de s'assurer qu'il répond à toutes les conditions relatives au secret et à la substantialité.

De surcroît, il faut souligner enfin que l'accord *ADPIC*, qui constitue une convention internationale pris dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce, reconnaît le principe d'une protection du savoir-faire, mais, sous certaines conditions et surtout que les informations qui y sont incluses soient conformes à un certains nombres de caractères, à savoir :

- secrètes<sup>382</sup>, conformément aux dispositions de l'article 39 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (*ADPIC*).
- aient un aspect commercial du fait de leur caractère « *secret* ».
- aient fait l'objet, de la part de la partie qui les possèdent, de règles logiques, ayant pour objectif de les garder secrètes.

---

<sup>382</sup> Il faut souligner que cet Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (*ADPIC*), a été annexé à la Convention de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (*OMC*).

Ainsi, il s'avère donc que ce concept du savoir-faire est intimement lié à sa caractéristique indispensable et primordiale, qui est son caractère secret. Enfin, après avoir défini le savoir faire et constaté son importance dans le contrat de franchise, il est nécessaire dès à présent, de voir avec plus de détails, ses caractéristiques et les différents dispositifs mis en place pour assurer sa protection (Section II).

## **Section II : Les caractéristiques, le renouvellement et la protection du savoir-faire.**

Pour mieux cerner les caractères du savoir faire (**Paragraphe II**), nous allons essayer de le distinguer dans un premier temps des autres notions voisines, telles que le brevet, le secret de fabrique...etc. (**Paragraphe I**), avant de passer par la suite à l'étude de la question de la protection du savoir faire (**Paragraphe III**).

### *Paragraphe I : La distinction du savoir faire avec d'autres notions voisines*

Ce concept du savoir faire se distingue d'un certains nombres de notions voisines, telles que par exemple le secret de fabrique (**Sous-Paragraphe 1**), le brevet (**Sous-Paragraphe 2**), ou encore le tour de main (**Sous-Paragraphe 3**), et des connaissances et de l'assistance technique (**Sous-Paragraphe 4**), qui sont employés indifféremment, mais, ils ne revêtent pas néanmoins la même signification. Mais, il faut toutefois souligner que « (...) toutes ces techniques juridiques d'appropriation, se dégagent d'un substrat où liberté, libre disposition, libre parcours riment avec savoir, savoir faire, savoir-faire technique, know-how, connaissance(s), information...»<sup>383</sup>. D'abord parce qu'« utile », ensuite parce que « technique » et enfin parce que « industrielle », le droit s'est intéressé à la connaissance appliquée : c'est le cheminement qui mène du savoir au savoir faire.

---

<sup>383</sup> J. Foyer et M. Vivant, « Le droit des brevets », *Presses Universitaires de France*, 1991, p.12.

### *Sous-Paragraphe 1 : Le savoir faire et le secret de fabrique.*

Très souvent, une confusion se crée entre les termes de savoir faire et secret de fabrique. La jurisprudence s'est pourtant efforcée de distinguer ces deux notions dans des décisions jurisprudentielles successives. Ainsi, dans son arrêt du 29 juin 1960, la Cour de Cassation a défini le secret de fabrique comme étant : « *tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents, qui ne le connaissent pas avant sa communication* »<sup>384</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence ultérieure, dans une décision de la Chambre criminelle, rendue le 20 juin 1973 a considéré que : « *justifie sa décision l'arrêt qui, pour caractériser le délit de révélation de secret de fabrique*<sup>385</sup>, *constate que le prévenu, ancien ingénieur au service d'une entreprise, a communiqué à un concurrent, son nouvel employeur, des dispositifs constituant des procédés de fabrication d'une certaine originalité et présentant un intérêt pratique et commercial du fait qu'ils permettent une amélioration de la production et une diminution du prix de revient et alors que ces dispositifs, même s'ils avaient été communiqués à des firmes étrangères liées au propriétaire desdits procédés par un contrat d'échange d'informations techniques et commerciales, étaient restés inconnus de ses concurrents* ».

Dans cette affaire, Mr. X..., ingénieur au service de la *Société Ulmic*, a quitté cette dernière en mai 1965 et est entrée au mois d'octobre suivant, en qualité de Directeur technique, au service de la *Société Cacermet* qui avait décidé de fabriquer des éléments destinés à l'industrie électrique identique à ceux que produisait la *Société Ulmic*. [...] jusqu'au mois d'octobre 1966, Mr. Y..., Président-Directeur Général de la *Société Cacermet*, a fait procéder au montage et à l'installation dans ses ateliers de machines qui, fabriquées sur les plans fournis par Mr. X..., contenaient trois dispositifs présentant une similitude absolue avec ceux des machines utilisées par la *Société Ulmic*.

---

<sup>384</sup> *Bull. Crim.* n° 350. Cette définition est restée la même dans la jurisprudence plus récente, un bon exemple est un arrêt de la Cour d'appel de Limoges du 1<sup>er</sup> juillet 1981, *P.I.B.D* 1981.III, 207, dont le pourvoi a été rejeté par la Cour de Cassation dans son arrêt du 15 avril 1982, *P.I.B.D* 1982.III.207.

<sup>385</sup> Prévu à l'article 418 du Code pénal.

Ces techniques constituaient des procédés de fabrication d'une certaine originalité, présentant un intérêt pratique et commercial pour la *Société Ulmic*, en ce qu'ils permettaient une amélioration de la production et une diminution des prix de revient. Qu'ils étaient restés inconnus des autres industriels, la *Société Ulmic* les ayant tenus cachés à ses concurrents à l'exception de la firme allemande *Dietze* avec laquelle elle était liée par un accord d'échange d'informations techniques et commerciales et de trois autres firmes étrangers, clients de *Dietze*.

Les conditions dans lesquelles la reproduction des plans fournis par Mr. X..., à Mr. Y..., avait été opérée clandestinement par un dessinateur, lui-même transfuge de la *Société Ulmic* et dans les locaux d'un bureau d'études, dont le Directeur était un ami personnel de Y..., établissaient que c'était volontairement et en connaissance de cause que Mr. X..., avait communiqué à la *Société Cacermet* des procédés de fabrication dont il ne pouvait ignorer le caractère secret.

De surcroît, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé dans ses arrêts rendus successivement le 31 Octobre 1978 et le 2 avril 1979, d'affiner la portée de la précédente décision en précisant que : « *l'intérêt pratique et commercial pour une société consiste en une amélioration de la production et une diminution des prix de revient* ».

Aussi, le Tribunal Correctionnel de Nanterre, dans sa décision du 5 mai 1981, a assimilé un logiciel à un secret de fabrique, en estimant qu' : « *il s'agit d'un procédé industriel original, spécifique à l'entreprise, mais, non nécessairement brevetable et possédant une valeur marchande* »<sup>386</sup>.

Par ailleurs, le savoir faire se distingue du secret de fabrique en ce sens où il contient des informations issues du secteur industriel ou commercial, quelque soit le domaine d'activité auxquelles elles appartiennent, substantielles, secrètes et transmissibles. A l'inverse, le secret de fabrique est relatif à tout système de fabrication, accordant un intérêt pratique ou

---

<sup>386</sup> Arrêt rendu par le Tribunal Correctionnel de Nanterre, le 5 mai 1981.

commercial, mis en place par un opérateur industriel et sauvegardé secret vis-à-vis de ses éventuels concurrents.

De son côté, la doctrine a instauré les critères qui permettent de distinguer le secret de fabrique du savoir faire. Ainsi, le secret de fabrique a pour principal objet un processus industriel de fabrication, alors que le savoir faire concerne tous les domaines d'activité de la société, tels que la fabrication de produits ou le savoir faire commercial consistant par exemple dans la commercialisation des produits fabriqués et même la gestion de la société ou de l'entreprise.

En effet, le savoir faire d'une entreprise repose sur son procédé industriel de conception des produits, mais il est élargi à des activités de prestations de services, fondé sur les connaissances et sur l'assistance technique, mais aussi sur la fourniture aux clients d'un contrat de maintenance de ses logiciels. Il ne s'agit donc pas d'un simple secret de fabrique.

Cependant, la notion de secret de fabrique est plus restrictive que celle du savoir faire. Ainsi, D. Ferrier considère dans ce sens que : « *si par nature le secret de fabrique n'est rien d'autre qu'un savoir faire, tout savoir faire n'est pas nécessairement un secret de fabrique* »<sup>387</sup>. Mais, d'autres auteurs tels que le Professeur Garçon estime que : « *le secret de fabrique consiste en un procédé industriel brevetable ou non, qui n'est connu que d'un ou de très peu d'industriels* ». Cela veut dire que, comme le secret de fabrique n'étant pas connu de tous le public, cela lui confère une valeur marchande.

De surcroit, le Professeur Roubier trouve que : « *le procédé de fabrique recouvre tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial, et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents* ». Cette notion de secret de fabrique vise ainsi des moyens industriels, ayant comme principal objet la production de produits industriels. Cela peut couvrir aussi de véritables méthodes et procédés de fabrication, qui fourniraient peut-être toutes les particularités d'une invention brevetable ou encore de simples détails.

---

<sup>387</sup> D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », in *Mélanges J.-J. Burst, Litec*, 1997, p. 157 et suivant.

Par ailleurs, la protection de ces deux conceptions est basée sur le même régime général, mais, quelques dissimilitudes vont néanmoins s'installer en raison de la particularité de chacune d'entre elles. Pour le savoir faire, la faute des individus ayant une obligation de secret ou qui ont eu accès à des informations confidentielles et secrètes par des moyens déloyaux est largement sanctionnée. Ainsi, tout individu qui vise à connaître d'un savoir faire tenu secret, pourra voir sa responsabilité quasi délictuelle ou délictuelle engagée<sup>388</sup>.

Par ailleurs, en ce qui concerne le secret de fabrique, le Code de propriété industrielle, dans son article L. 621-1 sanctionne la divulgation de ce secret, sans pour autant le définir. Le secret de fabrique tient donc dans deux principes : il doit s'agir d'un élément de fabrication, détenant à la fois un caractère industriel et un caractère secret. Ainsi, dans un cas d'espèce, et poursuivis par leur ancien employeur, deux compères ont été condamnés respectivement pour violation du secret de fabrique et pour recel.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidée de rejeter le pourvoi formé par les anciens employés de l'entreprise, au motif que la Cour d'appel avait caractérisé tous les éléments constitutifs du délit. En ses termes : « *Attendu que, pour confirmer le jugement ayant déclaré José X... coupable du délit de révélation de secret de fabrique, l'arrêt retient que la machine-outil présente une réelle originalité et que la complexité et le degré d'élaboration sont certains au regard des documents fournis et de la technicité mise en œuvre ; qu'après avoir constaté que la même machine était utilisée par trois autres entreprises pour fabriquer le même produit, la cour d'appel énonce, par motifs propres et adoptés, qu'il n'importe que le procédé de fabrication révélé soit ou non la propriété d'un seul industriel, les dispositions des articles L. 621-1 du code de la propriété industrielle et 157-2 du code du travail s'appliquant à la divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents et, qu'en l'espèce, "ceux qui étaient censés connaître le secret le cachaient eux aussi ; [...] Attendu que, pour confirmer le jugement ayant déclaré André Y... coupable de recel de secret de fabrique, l'arrêt attaqué retient que José X... lui a fourni les plans à l'aide desquels il a fabriqué la machine-outil et que la société ZZZ constituée entre eux avait pour but de tirer profit du procédé de fabrication provenant de la société YYY; que*

---

<sup>388</sup> Cette hypothèse sera étudiée dans la partie consacrée à la protection du savoir faire.

*la cour d'appel ajoute qu'André Y... a agi en toute connaissance de cause ; Attendu qu'en l'état de ces motifs la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments constitutifs le délit de recel de secret de fabrique dont elle a déclaré le prévenu coupable »<sup>389</sup>.*

D'ailleurs, la condition préalable de cette infraction est l'existence d'un secret de fabrique, tandis que l'élément matériel est produit par la divulgation du secret de fabrique et l'intention délictueuse est présente, car l'auteur de l'infraction était tout à fait au courant de l'existence du caractère secret des informations. Ce délit de divulgation du secret de fabrique est ainsi puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Il faudra donc prouver les trois éléments du régime de la responsabilité, à savoir, la faute du tiers, le dommage qui en résulte et le lien de causalité.

De même, la protection du know-how peut se faire par le recours au droit des contrats. La responsabilité civile contractuelle pourra être retenue en cas de violation d'une clause de confidentialité incluse dans un contrat de travail. De plus, la protection peut être préventive grâce à des mesures de sûreté industrielle.

Néanmoins, le secret de fabrique est soumis à un régime plus général du savoir faire en matière de protection. Dans ce cadre, il est également protégé sur le plan civil, dans les mêmes conditions que le savoir-faire et principalement par l'action en concurrence déloyale. En la matière, une protection spécifique est prévue par le biais d'une action pénale sur le fondement du délit de révélation. Cette protection est offerte par l'article L. 621-1 du Code de propriété intellectuelle.

De même, cette protection est également prévue par l'article 39 de l'Accord (ADPIC). En effet, la protection prévue par cet article est relative aux informations confidentielles et au savoir faire, sous le terme de « *renseignements non divulgués* ». Ainsi, selon ces dispositions, sont visées les données de dossiers techniques et les informations confidentielles. Cette protection doit visée des renseignements qui sont secrets et ayant une valeur commerciale.

---

<sup>389</sup> Arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 19 septembre 2006, dans son pourvoi n°05-85.360.



Pour conclure, en l'absence d'élément de distinction légal, il faut se tourner vers la doctrine et la jurisprudence pour distinguer les notions de savoir faire et de secret de fabrique. Ainsi, on a pu constater que pour les juges du fond, le secret de fabrique est une méthode technique et industrielle, original, brevetable ou non. Il doit être distingué du savoir faire qui constitue une notion commerciale, relative à la commercialisation des produits ou de divers services.

De surcroît, on également constaté que la jurisprudence considère que le secret de fabrique suppose que la connaissance qui en est l'objet, ne soit pas à la portée des professionnels et qu'il ne doit pas faire partie des éléments ordinaires qui sont connus de la plupart des gens compétents en la matière.

Il faut ainsi que ce secret de fabrique présente une évolution vis-à-vis de cette connaissance moyenne, qui lui donne un intérêt pratique et commercial. Néanmoins, cela ne doit pas se faire en contrepartie, contre le fait que le procédé de fabrication peut constituer un secret de fabrique, dès lors que, sans pour autant constituer un secret absolu, le cercle des gens qui le connaissent est très limité à un petit nombre d'industriels. C'est les juges du fond qui ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question<sup>390</sup>.

Par ailleurs, il faut enfin souligner que la protection du secret de fabrique<sup>391</sup> est assurée sur le plan pénal, au titre du délit de révélation du secret<sup>392</sup> et sur le plan de la protection civile, au titre de l'action en concurrence déloyale<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, rendu le 12/6/1974, dans son pourvoi n° 90-72473, *Bull. Crim.*, n° 218.

<sup>391</sup> Il faut souligner ici que contrairement aux brevets, les secrets commerciaux sont protégés, sans nécessité d'enregistrement, c'est-à-dire que leur protection n'est pas soumise à des procédures formelles. Par conséquent, un secret commercial peut être protégé pour une période de temps indéfinie (tant qu'il n'est pas divulgué). De plus, sa protection n'implique (ou peut n'impliquer) aucun frais. Pour ces raisons, la protection des secrets commerciaux peut s'avérer très attractive pour les PME. L'article 39 de l'accord sur Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'OMC énonce quelques directives pour l'application des mesures protégeant le secret de « renseignements non divulgués » comme c'est le cas par exemple :

- les renseignements doivent être secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles.
- les renseignements doivent avoir une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets.

On a vu également que concernant le savoir-faire, les juges et la doctrine l'ont définis comme étant correspondant à toutes « *les connaissances dont l'objet concerne la fabrication et la commercialisation des produits et des services, ainsi que la gestion et le financement des entreprises qui s'y consacrent, fruit de la recherche ou de l'expérience, non immédiatement accessibles au public et transmissibles par contrat* ».

Ainsi, si le secret de fabrique a uniquement comme objet le processus industriel de fabrication, le savoir-faire peut intéresser tous les secteurs d'activité d'une société. Plus généralement, il comprend des éléments, qui constituent le fruit d'une grande expérience, et réalise ainsi une grande avance technologique ou commerciale, tel est le cas par exemple des meilleures conditions de fabrication, ou encore du choix des matières premières<sup>394</sup>.

Pour la doctrine, les connaissances doivent rassembler deux particularités pour constituer ainsi un vrai savoir-faire. Elles doivent être transmissibles, dans le sens où le savoir-faire ne doit pas être indivisiblement attaché à la personne de l'exécutant, mais, il reste susceptible d'en être dissocié, pour pouvoir être transmis de manière contractuelle. En plus, ces connaissances ne doivent pas être instantanément accessibles, ce qui n'implique pas forcément la nouveauté absolue, exigé par le droit des brevets.

En conséquences, et de manière générale, le secret de fabrique ne pouvait avoir pour objet qu'un processus industriel de fabrication, en revanche le savoir-faire peut intéresser tous les secteurs d'activité de l'entreprise, qu'il s'agisse de la fabrication des produits ou de leurs commercialisation. Parfois, on fait usage de l'expression de savoir-faire commercial pour exprimer au sens large la gestion de l'entreprise<sup>395</sup>. Cette notion de savoir-faire commercial

---

- les renseignements doivent avoir fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

<sup>392</sup> Conformément aux dispositions de l'article L.621 al. 1<sup>er</sup> du Code de la propriété industrielle qui prévoit que : « Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit : Art. L. 1227-1- qui prévoit que : « le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal.

<sup>393</sup> Conformément aux dispositions de l'article L 621-1 du Code la propriété industrielle qui prévoit que : «

<sup>394</sup> Voir dans ce sens l'arrêt de la 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 13/7/1966, pourvoi n° 64-12 946, *Bull. Civ. III*, n° 358.

<sup>395</sup> Lamy, Droit économique, éd. 2010.

joue un rôle essentiel dans le contrat de franchise, ainsi que sa communication et son développement, mais en est-il pour lui offrir un cadre lui assurant une protection légale et reconnue par la loi (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### *Sous-Paragraphe 2 : Le savoir faire et le brevet*

Dans un contexte général d'innovation et de développement technique, l'on se rendre compte rapidement qu'un seul procédé juridique pouvait aspirer à faire un écho convenable et admissible à la recherche de résultats utiles aux défis liés à la transgression des règles du droit de la propriété industrielle : « *le brevet* ». Dans ce cadre, on se rend compte que le brevet est envisagé comme le dispositif de référence en matière de propriété industrielle. C'est ainsi qu'il peut prétendre à occuper une place primordiale, tant dans la logique de la doctrine<sup>396</sup>, que dans celle de la jurisprudence<sup>397</sup>.

Ainsi, dans le cadre de la relation qui lie le savoir faire au brevet, un certains nombres d'auteurs tels que J. Foyer, et M. Vivant, trouvent que : « *le savoir faire est une réalité entourant le brevet. Pour ces auteurs, « celui qui ignore le brevet, à des chances de se perdre en terra incognita »*<sup>398</sup>. D'ailleurs, d'autres auteurs vont jusqu'au point de qualifier le brevet de « *pacte social* », à propos duquel : « *l'inventeur ne peut exploiter sa découverte sans la société ; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur ; la loi, arbitre souverain, est intervenue, elle a garanti à l'une, la jouissance exclusive et temporaire ; à l'autre, une jouissance différée, mais, perpétuelle. Cette solution, transaction nécessaire entre les principes et les intérêts constitue le droit actuel des inventeurs, droit naturel ou droit concédé, propriété ou privilège, indemnité ou rémunération, ce résultat a été regardé universellement comme le règlement le plus équitable des droits respectifs »*<sup>399</sup>.

Le brevet est donc un titre de propriété industrielle, délivré par un office spécialisé (*l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI)* en France), pour protéger les

---

<sup>396</sup> P. Mathély, « Le droit français des brevets d'invention », *Journal français des notaires et des avocats*, 2<sup>ème</sup> ed. 1991 ; Ch. De Haas, « Brevet et médicament en droit français et en droit Européen », *Litec*, 1998.

<sup>397</sup> Ces arrêts seront étudiés postérieurement.

<sup>398</sup> J. Foyer, et M. Vivant, « Le droit des brevets », *Coll. Thémis, PUF*, 1991, p. 398 et 474.

<sup>399</sup> E. Pouillet, « Le traité des brevets », 4<sup>ème</sup> édition, 25 janvier 1899.

inventions. Il permet à son détenteur de bénéficier d'un monopole d'exploitation sur le territoire couvert par le brevet, pendant une certaine durée<sup>400</sup>.

Sur le plan législatif, et conformément aux dispositions de l'article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle, « *tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à un brevet doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur le registre national des brevets* »<sup>401</sup> et selon aussi les dispositions de l'article L. 614-11 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'inscription au registre européen des brevets des actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet européen ou à un brevet européen rend ces actes opposables aux tiers* »<sup>402</sup>.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 15 septembre 2009, la Cour a déclaré : « *irrecevable à agir en contrefaçon de brevet européen, le cessionnaire dudit brevet qui n'a pas procédé à l'inscription du contrat de cession au registre européen. La cession d'un brevet étant intervenue après délivrance du brevet européen et expiration du délai d'opposition, l'inscription au registre national des brevets, reste seule possible. Elle rend cette cession opposable aux tiers* »<sup>403</sup>.

Le propriétaire du brevet détient alors un droit exclusif, opposable à tous, qui lui donne la faculté de tirer profit de son invention, sous différentes formes (exploitation directe, cession du brevet, concessions d'accords de licence) et de poursuivre les contrefacteurs<sup>404</sup>. De

---

<sup>400</sup> Cette durée est de 20 ans à compter du dépôt en France et en Europe. La demande de brevet est publiée systématiquement 18 mois après la date de dépôt, y compris depuis quelques mois aux Etats-Unis, puisqu'en jusqu'en 2001, les brevets américains n'étaient publiés qu'après la délivrance, qui pouvait intervenir plusieurs années après la date de dépôt, ce qui peut éventuellement porter préjudice aux éléments secrets de l'entreprise qui a déposée cette demande de brevet. C'est pourquoi, le brevet doit décrire l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse la réaliser. Le droit américain est encore plus exigeant en prévoyant que la description doit porter sur le « meilleur mode de réalisation », ce qui écarte les tactiques consistant à ne décrire qu'un mode de réalisation dégradé et à garder à titre de savoir-faire secret certaines astuces techniques.

<sup>401</sup> Article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>402</sup> Article L. 614-13 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>403</sup> Arrêt rendu par Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 15 septembre 2009, dans son pourvoi n°08-18523, *BICC* n°716 du 15 février 2010.

<sup>404</sup> Il faut souligner ici que la faculté de procéder à une saisie-contrefaçon en matière de brevet ou de certificat complémentaire de protection n'est ouverte qu'aux personnes énumérées à l'article L. 615-2 du code de la propriété intellectuelle qui justifient non seulement de l'existence du titre sur lequel elles se fondent mais également de ce que celui-ci est toujours en vigueur à la date de présentation de la requête, conformément aux dispositions de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, du 14 décembre 2010, dans son pourvoi n°09-72946, *BICC*, n°740, du 15 avril 2011.

ce fait, le droit de propriété sur un brevet naît le jour de son dépôt à l'INPI et son annulation entraîne son anéantissement au jour du dépôt de la demande de brevet en question<sup>405</sup>.

Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir est-ce que le détenteur d'un brevet peut contester la décision de l'INPI qui accepte la limitation du brevet demandée par son titulaire ? La réponse à cette question a été donnée par la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt rendu le 30 mars 2011, dans lequel elle avait déclaré irrecevable le recours d'un détenteur de brevet, suivie ensuite par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi formé par ce même détenteur, dans son arrêt du 30 mai 2012.

En l'espèce, la *Société Teisseire* avait déposé un recours contre la décision de l'INPI d'accepter la limitation de brevet demandée par la *Société Routin*, sur son brevet français visant une boisson aromatisée. Cette demande de limitation est intervenue après que la *Société Teisseire* ait demandé reconventionnellement la nullité de brevet dans l'instance en contrefaçon initiée par la *Société Routin*.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé, tout en suivant la Cour d'appel qui avait d'ores et déjà déclaré irrecevable le recours de la *Société Teisseire*<sup>406</sup>, de rejeter le pourvoi en estimant que : [...] *l'arrêt retient exactement qu'il résulte des dispositions de l'article L. 613-25 d) du code de la propriété intellectuelle qu'est réservé à la connaissance du juge de la nullité du brevet, le cas dans lequel la limitation prétendue d'une revendication produirait, non pas une réduction du champ d'application du brevet, mais au contraire son extension ; que l'inobservation de cette règle est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; qu'ayant retenu que le moyen développé par la société Teisseire au soutien de son recours en annulation de la décision du directeur général de l'INPI s'analyse en réalité en un moyen de nullité du brevet qui lui est opposé dans le cadre de l'action en contrefaçon dirigée contre elle, la cour d'appel a, [...] légalement justifié sa décision* »<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> Arrêt rendu par Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 12 juin 2007, dans son pourvoi n°05-14548.

<sup>406</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 30 mars 2011.

<sup>407</sup> Arrêt rendu par la Cour de cassation de Paris le 30 mai 2012.

Par ailleurs, un rapprochement est à faire entre le brevet et le savoir-faire, surtout lorsque ce savoir faire constitue un concept « *prodigieux dont la destinée a, d'ores et déjà étendu son ombre sur l'avenir du droit des brevets* »<sup>408</sup>. Ce savoir-faire est un complexe substantiel de données non brevetées, ayant un caractère pratique, qui proviennent de l'expérience et qui sont suffisamment testées. Ainsi, à la différence des créations proprement dites, le savoir-faire n'est pas susceptible de dépôt, dans le sens où il ne fait pas apparaître un droit de propriété intellectuelle. Toutefois, on considère qu'il est susceptible d'une certaine accommodation par celui qui l'a mis au point, dès lors que l'ensemble des données en cause, ayant un caractère secret, ce qui suppose qu'il ne soit pas généralement connu ou très facilement accessible.

Le savoir faire qui sous plie à ces éléments de définition-inspirée des textes européens-peut être qualifié d'objet suffisamment identifié, si bien que le législateur reconnaît à son inventeur, non seulement le droit de l'exploiter, en le protégeant des ingérences déloyales, mais aussi de l'octroyer en licence. Ainsi, en matière de technologies biologiques, des méthodes de laboratoire et autres processus, répondront à la définition du savoir-faire. Néanmoins, ce savoir-faire sera l'accessoire dans la plupart des cas d'un produit, juste parce qu'il intervient dans sa méthode de production. C'est alors que la licence doit être octroyée pour le brevet et le savoir-faire qui l'accompagne et dans le cas contraire, on devrait estimer que le cédant n'a pas convenablement rempli son obligation de délivrance de la licence.

Mais, le savoir faire est comme les brevets, un bien aléatoire, dans la mesure où le procédé technique qui en fait l'objet peut être supplanté, dans une période plus ou moins longue, par un procédé technique concurrent et ou ce procédé technique est en tout état de cause, soumis aux risques économiques de la conjoncture. Si certains considèrent le savoir faire comme un phénomène périphérique du droit des brevets, on pourra se pencher vers une inversion de cette tendance, dans la mesure où les brevets les plus techniques, sont totalement inefficaces sans la transmission du savoir faire approprié.

---

<sup>408</sup> Y. Eminesco, « Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste », précité p.219

Ainsi, l'équation est simple : plus le brevet est amphigourique, plus le concept du savoir faire acquiert plus d'importance. Plus l'invention est très poussé techniquement, plus la contribution de données relatives à son exploitation, mais qui ne sont pas protégées par le brevet, est primordiale.

Toutefois, le savoir faire se distingue des brevets du fait que, n'ayant pas une protection légale par un titre de durée limitée, compte tenu du fait que son espérance de vie n'est pas fortement attachée a la durée juridique d'un titre pareil, ni aux aléas juridiques qui peuvent éventuellement affecter ce titre. Ainsi, l'espérance de vie du savoir faire dépendra exclusivement d'un certains nombres de facteurs de désuétude prévisible du procédé technique et des risques économiques de la conjoncture. Dans ce cadre, on estime en général que l'espérance de vie d'un savoir faire est entre 5 à 10 ans, et ceux selon les secteurs d'activités concernés par ce savoir faire.

De plus, pour prendre en considération le fait qu'un savoir faire n'accorde pas d'exclusivité légale, les taux de contributions sélectionnés pour l'appréciation d'un savoir faire exploité doivent généralement être des taux très faible, que ceux qui sont retenus pour l'appréciation de brevets exploités. Bien évidemment, ce taux de contributions doit tenir compte aussi de l'importance lié à ce procédé technique du savoir faire. Enfin, quand un procédé technique est protégé par le savoir faire et par le brevet, dans une telle hypothèse, il conviendra de faire appliquer aux modes de calcul, les ajustements indispensables, notamment relativement au chiffre d'affaire de l'entreprise.

Ainsi, ces deux systèmes, à savoir le savoir faire et le brevet, sont deux système complémentaires, car la protection d'une information par le brevet suppose la divulgation de la technique concernée et la protection en tant que savoir-faire suppose qu'il soit matériellement possible de garder l'invention secrète, notamment en cas de commercialisation.

Néanmoins, il y'a des inventions, qui en raison de leurs natures, ne peuvent pas être conservés secrètes. Par ailleurs, des impératifs d'ordres publics imposent parfois la révélation de certaines informations. Dans ce cadre, l'article L.5131-6 du code de la santé publique

dispose que : « *tout produit cosmétique ou d'hygiène corporelle doit faire, avant sa mise sur le marché, l'objet d'un dossier réunissant toutes informations utiles sur la nature du produit, sa formule intégrale, ses conditions de fabrication* »<sup>409</sup>.

En effet, celui qui a révélé ses secrets techniques dans une demande de brevet publiée, ne peut plus invoquer leur protection en tant que savoir faire. Ainsi, la voie du dépôt de brevet fait tomber les connaissances dans le domaine public et détruit leur caractère secret. Enfin, il a été constaté que la protection assurée par le brevet est incomparablement plus efficace que celle conféré par le secret en l'occurrence le savoir-faire. Mais, en est-il en matière des motifs susceptibles de provoqués la nullité des brevets ?

La réponse à cette question se trouve dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris, rendu le 6 avril 2012 sur une demande en nullité de la partie française d'un brevet européen. En l'espèce, *SFS Intec Holding Ag* est titulaire d'un brevet européen intitulé « *Vis* », déposé le 16 février 1998 sous priorité du 26 mars 1997, sous le n° EP 0 975 878 et délivré le 21 mai 2003. Par ailleurs, la *Société Ateliers LR Etanco* présente un prototype S- TET lors d'un salon et reçoit une lettre de réclamation de *SFS INTEC HOLDING AG* sur la base des « *principales caractéristiques* » du brevet. *ATELIERS LR ETANCO* assigne *SFS INTEC HOLDING AG* devant le tribunal de grande instance de Paris en nullité des revendications de 1 à 15 de la partie française du brevet européen. Ainsi, dans cette affaire le TGI de Paris avait rejeté les demandes en nullité de la *Société ATELIERS LR ETANCO*, dans sa décision du 24 septembre 2010. Cependant, dans sa décision du 6 avril 2012, la Cour d'appel de Paris a infirmé ce jugement, en annulant les revendications de 1 à 13.

Il faut souligner également que selon la question qui a été posée à l'Assemblée plénière, les sommes versées en exécution d'une condamnation irrévocable pour contrefaçon d'un brevet ne peuvent pas faire l'objet d'une action en répétition à la suite de l'annulation de ce brevet par une décision postérieure. Ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé. Dès lors que l'annulation d'un brevet entraîne son anéantissement au jour du dépôt de la demande de brevet, il doit être retenu que la procédure d'indemnisation du préjudice invoqué par le contrefacteur se trouve privée de tout support juridique.

---

<sup>409</sup> J. Azéma, J.-C. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », *Dalloz, éd.*, 2012.



Par conséquent, on pourra en déduire de cet arrêt que la partie qui a été condamnée au paiement de diverses montants d'argent par un arrêt irrévocable, prononcé pour contrefaçon par reproduction de revendications d'un brevet, enregistré et déposé qui ont été annulées par un arrêt devenu irrévocable, ne saurait obtenir la restitution des sommes payées en exécution de la condamnation du chef de contrefaçon<sup>410</sup>.

Par ailleurs, en matière de protection du brevet, il faut souligner qu'il existe une double dimension communautaire : il y a d'un côté le brevet européen, dont la demande est faite auprès de *l'Office Européen des Brevets (OEB)*, ayant pour objectif l'obtention d'un droit, constitué d'un ensemble variable de pays contractants de la convention de Munich du 5 octobre 1973<sup>411</sup>.

D'un autre côté, il existe un brevet communautaire, né après la promulgation de la Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975. Ce brevet communautaire est valable pour tout le territoire de la communauté européenne, l'*OEB* aura ainsi un rôle à jouer en matière d'examen et de délivrance de ce brevet qui ne pourra être cumulé, pour une même invention, avec un brevet délivré par un droit national.

Pour conclure, le brevet est destiné à offrir une protection du concept du savoir faire de l'entreprise. Ainsi, les conditions qui priment dans l'analyse d'une création susceptible d'être préservée par un brevet sont les suivants : la nouveauté qui signifie que la création ne doit pas être saisie dans l'état de la technique. Aussi, cette création ou invention devant prévoir et exiger une activité inventive non ordinaire, susceptible d'être appliquée dans le domaine industrielle. Par ailleurs, le brevet doit évoquer les doléances qui correspondent à une description des éléments constitutifs de la création, pour lesquels la protection est sollicitée.

---

<sup>410</sup> Assemblée Plénière, 17 février 2012, pourvoi n°10-24282, Rapport de M. André Conseiller et Avis de M. Le Mesle, *BICC* n°759 du 1<sup>er</sup> avril 2012.

<sup>411</sup> Conformément aux dispositions de cette convention de Munich du 5 octobre 1973, le déposant devant choisir dans quels pays il souhaite bénéficier d'une protection.

En dehors du droit au brevet qui appartient exclusivement à son titulaire ou à ses ayants droit, une hypothèse essentielle s'est posée pour les entreprises, vis-à-vis de la création réalisée par l'un des employés de l'entreprise. Plusieurs solutions doivent être étudiées : la création effectuée conformément à une tâche confiée par le chef de l'entreprise et la création effectuée en dehors du cadre de l'entreprise.

Ainsi, dans la première hypothèse où la création est réalisée selon une mission rentrant dans le cadre d'un contrat de travail ou dans le cadre des analyses et des recherches attribuées explicitement par le chef de l'entreprise, dans ce cas de figure, il est généralement admis que la création appartient au chef de l'entreprise, qui a néanmoins l'obligation de verser une sorte de prime pour récompenser l'inventeur pour sa découverte novatrice.

Dans la deuxième hypothèse où la création intervient en dehors du cadre de l'entreprise, il est prévu là-encore, sauf dispositions contractuelles plus avantageuses à l'inventeur/employé, que l'invention doit rester la propriété du salarié de l'entreprise. Cependant, dans le cas où il apparaît que la création a été réalisée « soit dans le cadre de l'exécution de ses missions, soit dans le cadre des activités de la société dans lequel travail ce salarié, soit par la connaissance de dispositifs ou de méthodes spécifiques à l'entreprise, ou d'informations fournies par elle », dans tout ces cas de figure, le chef de l'entreprise a parfaitement le droit de se faire offrir cette création, moyennant, comme on a vu, une récompense versé à l'inventeur. Généralement, le créateur qu'il soit ou non employé est cité comme tel dans le brevet.

Ainsi, afin que le propriétaire d'un brevet, qui détient sur la création, ainsi brevetée, un droit exclusif d'exploitation, puisse garder son exclusivité, pendant toute la durée de cette protection, encore convient-il de faire application de ces droits. Par ailleurs, toute personne peut obtenir une licence obligatoire du brevet dans les cas suivants :

- si le détenteur du brevet n'a pas encore exploiter ou procéder à des préparatifs raisonnables, pour bien profiter de sa création sur le territoire d'un pays appartenant à l'Union Européenne (UE) ou à l'Espace Economique Européen

(EEE), ou s'il n'a pas commencé à vendre le produit qui fait l'objet du brevet en quantité suffisante pour répondre à toutes les demandes du marché intérieur français et ce, dans une période correspondant à 3 ans, après l'octroi du brevet, ou encore dans les 4 ans, à partir du moment où la demande a été déposée.

- si l'exploitation ou si les ventes envisagées dans le premier cas, ont été abandonnées depuis une longue période (3 ans au minimum).

Il faut souligner enfin que la demande de licence obligatoire doit se faire auprès du TGI et n'est attribuée qu'à des candidats qui justifient n'avoir pu détenir une licence du détenteur du brevet et être parfaitement en mesure d'exploiter sérieusement la création. Enfin, le titulaire du brevet risque le déclin de ses droits, dans l'hypothèse de non paiement des charges. Serait-il de même en matière de distinction entre le savoir faire et le tour de main **(Sous-Paragraphe 3) ?**

### ***Sous-Paragraphe 3 : Le savoir faire et le tour de main.***

Le tour de main se définit comme étant « *l'habileté technique indissolublement liée à la personne qui la détient et qui ne constitue pas un savoir-faire qui par nature est transmissible* ». Mais, cette notion du tour de main est parfois incluse dans celle de savoir faire. Ainsi, la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 1966<sup>412</sup> énonce que le savoir-faire est un « *procédé, et (...) Tour de main (...) ignorés du franchisé* ». Il ressort de cette définition que la jurisprudence définit le savoir-faire comme étant un Tour de main.

Mais, il est toutefois possible d'opérer une distinction. Le savoir-faire se distingue, du tour de main, par son caractère « *transmissible* ». En effet, le tour de main serait synonyme de « *dextérité* », « *d'habileté* », c'est à dire des qualités inhérentes à la personne, alors que le savoir faire est constitué par les moyens pratiques d'exécution, soit l'expérience technique qui procède de l'expérience transmise et acquise grâce à la recherche et au développement, à la

---

<sup>412</sup> *JCP CL*, 1967, II, 81684, note P. Durand, J. Mestre, E. Putman et D. Vidal, *GA dr. Des. Aff.*, *Dalloz*, 1995, p. 227, obs. J. Raynard.

technologie transmise et perfectionnée au fil du temps par le personnel de l'entreprise, selon son organisation propre et qui fait partie de l'information possédée par elle.

Autrement dit, pour qu'il y ait savoir faire, « *il faut que l'avancée technique, la connaissance ne soit indissociablement liée à la personne de l'exécutant, mais soit susceptible d'être détachée de manière à ce qu'elle soit transmise contractuellement* »<sup>413</sup>, d'où l'importance fondamentale du mode de communication de ces connaissances au bénéficiaire<sup>414</sup>. Ainsi, la communication du savoir faire s'effectue souvent par la transmission des documents et par la fourniture de l'assistance technique. Autrement dit, le contact humain est nécessaire au transfert du savoir faire. Or, l'habileté propre à une personne peut difficilement être transmise. Enfin, en est-il en matière de connaissances et d'assistance technique (**Sous-Paragraphe 4**) ?

#### ***Sous-Paragraphe 4 : Le savoir faire, les connaissances et l'assistance technique***

Les connaissances techniques sont l'ensemble des moyens mis en œuvre pour conduire à son terme un projet technique. Notre époque, résolument technicienne, néglige souvent les techniques non strictement scientifiques qui utilisent des connaissances et savoirs à caractère empirique ou expérimental. Pourtant l'histoire nous enseigne que la pratique professionnelle quotidienne, de l'artisan et de l'artiste comme de l'ouvrier ou de l'ingénieur, est souvent source de créativité et d'innovation<sup>415</sup>.

Ainsi, la personne qui détient un savoir faire détient obligatoirement des connaissances techniques. Néanmoins, ce savoir faire suppose la conscience, l'intelligence ou l'utilisation habile des connaissances que l'on détient. En effet, celui qui possède des connaissances, peut ne pas connaître le moyen de les exploiter. Pour arriver à son objectif, il doit détenir un savoir faire, une pensée qui lui permettra de bien organiser ses connaissances techniques et de choisir parmi elles, celles qui sont les plus adéquates.

---

<sup>413</sup> J. Azema « Définition juridique du Know-how », actualité de droit de l'entreprise, Montpellier, *librairies techniques*, 1975.

<sup>414</sup> J. M. Leloup, « La franchise droit et pratique », *édition 4*, 2004.

<sup>415</sup> Source : [www.wikipédia.org](http://www.wikipédia.org)

Par ailleurs, par cette connaissance, l'expert aperçoit le milieu extérieur et grâce à son savoir faire technique, il aura la faculté d'agir sur celui-ci. C'est le cas par exemple quand un logiciel informatique est fragmenté en deux fractions : d'une part, une base de stockage de données ou connaissances techniques, et d'autre part, un mécanisme d'interférence qui permet d'exploiter ces connaissances techniques, afin de parvenir aux objectifs et/ou résultats souhaités, autrement dit, c'est le savoir faire.

Ainsi, la connaissance technique est dirigée des éléments vers la personne pour les interpréter et les analyser, alors que le savoir faire est dirigé de la personne vers les éléments, pour d'un côté agir et pour de l'autre, les transformer. Ceux-ci impliquent que les dispositions contractuelles doivent donc être bien précises, surtout lors de la conclusion du contrat.

En ce qui concerne l'assistance technique, on constate qu'un certain nombre d'opérations portant sur des transferts techniques, impliquent la fourniture d'une assistance technique, relative par exemple à la communication du savoir faire, à la cession de biens,...etc. Selon Monsieur Deleuze, l'assistance technique doit être considérée comme : « *un enseignement et a pour objet de rendre possible ou d'optimiser l'exploitation de connaissances techniques transférées. Le personnel de l'entreprise concédante enseignera l'utilisation, la mise en œuvre, les tours de mains du processus technologique* ».

Pourtant, cette assistance technique ne doit pas être confondue avec le savoir faire. La preuve de l'indépendance de cette notion, est que la communication du savoir faire peut naître, sans même l'apport complémentaire d'une assistance technique.

Néanmoins, la jurisprudence est partagée sur la question, puisque, le TGI de Paris, dans son arrêt datant du 20 mars 1976, a déclaré que : « *la communication de connaissances techniques n'entraîne généralement pas de plein droit l'obligation de fournir une assistance technique* »<sup>416</sup>, alors que la Cour d'appel a retenu dans sa décision rendue le 10 mars 1981, sur le fondement de l'article 1615 du Code civil, l'obligation de fourniture de l'assistance

---

<sup>416</sup> Arrêt rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 20 mars 1976.

technique « *si celle ci est nécessaire à la mise en exploitation des connaissances communiquées* »<sup>417</sup>.

On pourra donc en déduire que la fourniture d'une assistance technique s'inscrit régulièrement dans la durée, alors que la communication du savoir faire est plus immédiate. En effet, l'assistance technique dépasse le cadre du savoir faire, en ce sens que la personne chargée de fournir cette assistance technique, s'engage à suivre la personne qui lui a communiqué ce savoir faire, dans l'étape de production et de vente, alors que la transmission de ce savoir faire doit obligatoirement avoir lieu avant. À présent, nous allons étudier les principaux caractéristiques du savoir-faire (**Paragraphe 2**).

## **Paragraphe 2 : Les critères requis du savoir faire dans le cadre d'un contrat de franchise.**

Il ressort de la définition communément admise par la doctrine, citée ci-dessus, que le « *savoir-faire est un ensemble finalisé de connaissances pratiques (Sous-Paragraphe 1), transmissibles (Sous-Paragraphe 2), non immédiatement accessibles au public (Sous-Paragraphe 3), non brevetées, et conférant à celui qui maîtrise cet ensemble un avantage concurrentiel* ». En effet, si le mot « technique » fait référence à une application industrielle, il faut en déduire que le savoir faire commercial, qui constitue l'un des éléments essentiels des contrats de franchise et qui ne porte pas forcément sur des mécanismes industriels, mais, sur des techniques commerciales, n'est pas obligatoirement concerné par cette définition. Une telle conception altérerait énormément la définition de son contenu réel. La lecture qu'on pourra en faire du mot « *technique* », varie d'une définition à l'autre. Il pourra par exemple signifier « *pratique* », « *utile* », et « *industriel* ».

Nous retiendrons comme exemple concret de cette ouverture dans la signification de la notion « *technique* », la définition fournie par l'Association Internationale des Professionnels de la Propriété Intellectuelle (AIPPI), qui considère que l'on doit appelé par la notion du *savoir faire ou du « know-how », toutes les connaissances et les expériences de*

---

<sup>417</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 10 mars 1981.

*nature technique, commerciale, administrative, financière ou autre, qui sont applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession* »<sup>418</sup>.

Toutefois, il est néanmoins utile de souligner la singularité de cette définition de J. M. Mousseron qui fait entrer dans le camp de la définition du savoir faire, l'essentielle fonction des connaissances, relatives au savoir faire pour un tiers autre que le possesseur de ce savoir faire. Ainsi, ce qui concrétise et légitime l'existence de ce savoir faire, c'est le souhait de cette personne d'en avoir accès, pour profiter pleinement de toutes les connaissances qui lui sont lié. Mais, cette définition présente un certains nombres d'avantages, dans le sens où elle reflète la réalité et donne un cadre légal à l'intervention du droit, car le savoir faire, ainsi envisagé, se voit inéluctablement accorder une valeur économique.

Par ailleurs, la synthèse des travaux communautaires (les règlements d'exemption), la norme *AFNOR*, ainsi que les réflexions de la doctrine ont posés les conditions que le savoir faire doit remplir. Celui-ci doit être « *substantiel* », « *identifié* » et « *secret* ». Il y'a lieu de signaler néanmoins, que l'existence des caractères essentiels du savoir faire est souverainement appréciée par les juges du fond, qui se livre à l'analyse des circonstances du contrat, exclusive de toute formulation générales et imprécise<sup>419</sup>. Nous allons essayer de développer, de manière successive, ces caractères et notamment ceux qualifiés d'ensemble « *finalisé* » (**Sous-Paragraphe 1**).

### ***Sous-Paragraphe 1 : Le savoir faire est un ensemble finalisé :***

Un ensemble finalisé dans la mesure où les différentes techniques et procédures constituant le savoir faire ont un but précis, qui consiste à optimiser le métier du franchiseur qui va le transmettre à son tour au franchisé. Néanmoins, il faut effectuer un tri dans les connaissances que constituent le savoir faire, et n'en retenir que celle qui favorise le métier exercé, et les transmettre ainsi au franchisé, en vue de réitérer le même succès.

---

<sup>418</sup>Définition de l'Association Internationale des Professionnels de la Propriété intellectuelle (*AIPPI*), 1974, p. 47.

<sup>419</sup> En ce sens, voir Cass. com., 29 avril 1997, pourvoi n° 95-10.362, commentaire, F.-L. Simon « le contrat de franchise : un an d'actualité », les petites affiches, n) spécial, 9 nov. 2006.

Par ailleurs, le savoir-faire est un élément immatériel, et par conséquent il ne peut être confondu avec des supports matériels qui assurent sa conservation et sa transmission, tels que : le plan, le livre d'instruction, les logiciels...etc. Mais, la situation est toute autre en matière de connaissances pratiques (**Sous-Paragraphe 2**).

### ***Sous-Paragraphe 2 : Le savoir faire est un ensemble de connaissances pratiques***

Si le savoir faire est un ensemble finalisé, il est aussi un ensemble de connaissances pratiques, dans la mesure où il constitue un élément immatériel et par conséquent, il doit être distingué des autres supports matériels qui assurent sa transmission, comme c'est le cas par exemple : des cassettes, ou logiciels,...etc. Toutefois, si le savoir faire est souvent matérialisé au sein d'un manuel, qu'on appelle couramment « *Bible* », ses éléments restent incorporels. Ces connaissances doivent avoir donc, une application pratique qui varie selon le type de franchise : franchise de distribution (**A**), de service (**B**) ou de production (**C**).

#### **A- En matière de franchise de distribution :**

la jurisprudence a considéré que le savoir faire était « *constitué essentiellement par la mise à disposition du franchisé d'une sélection d'articles ou produits spécialisés présentant un caractère de spécificité ou d'originalité indéniable et destiné à un certain type de clientèle* »<sup>420</sup>. Néanmoins, cette définition a été critiquée, en effet le savoir-faire ne pouvant consister uniquement en une sélection de produits, sans méthode commerciale originale<sup>421</sup>. Il peut concerner en outre, des techniques d'organisation et de gestion d'entreprise, d'approvisionnement, de vente...etc.

---

<sup>420</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 4 juillet 1996, *Juris-Data* n°218829. Dans le même sens, CA Paris, 7 juin 2006, CA Paris, 22 sept 1992, D, 1995, somm. P. 75.

<sup>421</sup> V. Y. Marot, note sous CA Versailles, 4 juillet 1996, les petites affiches, 7 janvier 1998, p. 14.



## **B- En matière de franchise de service :**

le savoir faire peut être constitué pas les connaissances théoriques et pratiques pour mettre en place localement un centre, lui en assurer la gestion et procéder auprès de la clientèle visée aux diverses opérations commerciales nécessaires à son exploitation [...] le recrutement et la formation du personnel et surtout la connaissance, l'approche et le démarchage de la clientèle recherchée, ainsi que les méthodes originales de commercialisation des prestations fournies accompagnées d'un certain nombre de procédures spécifiques<sup>422</sup>.

## **C- En matière de franchise de production ou de franchise industrielle<sup>423</sup>:**

Ce savoir faire dans le cadre d'une franchise industrielle, se consiste en des procédés de fabrication de produits. C'est ainsi que la Cour d'appel de Lyon, dans son arrêt du 16 décembre 1994, avait jugé que : « *ce savoir-faire portait essentiellement sur la réalisation de produits semi finis, la gestion des stocks et le contrôle des approvisionnements* »<sup>424</sup>. Le savoir faire peut s'entendre en outre, aux méthodes de ventes desdits produits<sup>425</sup>. Mais, il faut insister enfin sur le fait que ces connaissances doivent avoir un caractère « *transmissibles* » (**Sous-Paragraphe 3**).

### ***Sous-Paragraphe 3 : Les connaissances doivent être transmissibles :***

Le savoir faire se distingue des autres talents, notamment du tour de main par sa transmissibilité. En effet, pour que la réussite du franchiseur se réitère, il faut que le savoir faire soit transmissible au franchisé, et par conséquent, qu'il puisse se détacher de la personne du franchiseur, autrement dit, il faut que les connaissances que contient le savoir faire ne soient pas indissociablement liées à la personne du franchiseur<sup>426</sup>.

---

<sup>422</sup> Sur ce point, Cass, com. 4 avril 1995, CA Paris, 18 juin 1992, D. 1995.

<sup>423</sup> Voir dans ce sens la première section de notre chapitre préliminaire.

<sup>424</sup> CA Lyon, 16 déc. 1994, *RJDA*, 1994.

<sup>425</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>426</sup> J. M. Leloup, « la Franchise, droit et pratique », *éd.* 2004.

Par ailleurs, ce savoir-faire se transmet de différentes manières et à travers plusieurs outils. Mais, en pratique le moyen le plus utilisé est la remise d'un manuel appelé « *Bible* ». Ce manuel contient en général, une description du savoir faire, les stages de formation du franchisé ou de ces employés, surtout au début d'exercice de leurs activités dans l'entreprise.

D'ailleurs, la transmission du savoir faire doit se faire, dès que le contrat de franchise prend effet. Par conséquent, la transmission tardive du savoir faire pourrait priver le franchisé des avantages concurrentiels, alors que ces avantages constituent le but ultime du contrat de franchise. En effet, l'avantage concurrentiel constitue la cause principale du contrat, à défaut de laquelle, le contrat de franchise peut être annulé pour absence de cause<sup>427</sup>. Mais, il faut souligner enfin que les informations qui composent le savoir faire ne doivent pas être brevetées (**Sous-Paragraphe 4**).

***Sous-Paragraphe 4 : Les informations qui composent le savoir faire ne sont pas brevetées :***

La question qui se pose en la matière est celle de savoir qu'est ce que ça veut dire une information brevetée ? Une information brevetée est : « *une information pour laquelle une demande de brevet a été effectuée conformément aux dispositions de l'article L 611-2 du Code de propriété intellectuelle, en vue de la protéger d'éventuelle exploitation par d'autres personnes que son propriétaire initial, pendant une durée déterminée (20 ans en moyenne)* ».

En effet, une information brevetée est susceptible d'être connue de tous, par conséquent, le critère de secret n'a plus d'importance. Une fois la durée est expirée, l'invention brevetée tombe dans le domaine public, elle n'est donc plus protégée contre l'utilisation des tiers, et ne procure plus d'avantage concurrentiel, (le but même du contrat de franchise), raison pour laquelle le savoir faire est nécessairement non breveté<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> F. L. Simon, « théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>428</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

Ainsi, l'article premier du Règlement européen d'exemption n°330/2010, précise que : « *l'information qui compose le savoir-faire ne doit être brevetée* »<sup>429</sup>. Néanmoins, le fait de ne pas breveter le savoir-faire, ne signifie pas que ce savoir faire n'est pas brevetable<sup>430</sup>, autrement dit, le savoir faire serait parfois brevetable, mais son titulaire aurait préféré de le garder secret pour éviter un éventuel risque de contrefaçons, notamment par sa publication.

Par ailleurs, le titulaire d'une invention brevetable peut avoir choisi délibérément d'exploiter ladite invention, sous forme de savoir faire, par le billet d'un réseau de franchise, plutôt que par la licence de brevet<sup>431</sup>. Ce savoir faire exploité doit être secret (A), substantiel (B) et identifié (C).

#### ***A- Le savoir-faire doit être secret :***

Cela signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, « *n'est pas généralement connu ou facilement accessible* »<sup>432</sup>. Le caractère secret du savoir faire est en revanche relatif, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que chaque élément du savoir faire soit totalement inconnu<sup>433</sup>.

Dans ce cadre, il ressort du Règlement de 2010 que c'est l'ensemble des informations, et non ces informations prises individuellement, qui revêtent un caractère secret. La définition donnée au dit caractère par ce Règlement précise à ce titre que c'est « *dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, que le savoir-faire ne doit pas être généralement connu* ». En effet, il y'a bien un savoir-faire dès lors que l'ensemble des connaissances transmis donne une plus value opérationnelle au bénéficiaire du savoir faire.

---

<sup>429</sup> F. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, En ce sens voir l'art. 1<sup>er</sup> du Code européen du franchisage ; Voir aussi l'article 9.3, du contrat model CCI « *interdisant au franchiseur de déposer un brevet ou de se faire reconnaître un droit de propriété industrielle relatif au savoir-faire* ».

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> Ph. Le Tourneau, « Franchisage, franchisage dans le domaine de des services, Franchiseur et franchisé », *J.-CL.*, Contrats Distribution, *Fasc.*, 1050, 2002.

<sup>432</sup> Article 1er du Règlement européen d'exemption n° 2790/1999.

<sup>433</sup> CA Dijon, 10 oct. 1990 : *LPA*, 21 déc. 1990, n) 153, p. 34. CA Paris, 16 avril 1991 : *D.* 1992, p. 392, obs. D. Ferrier.

En ce sens, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, dans son arrêt rendu le 13 juillet 1966. En l'espèce, une société s'était vue transmettre un procédé de fabrication de boutons en polyester nacré et avait cessé de verser les redevances convenues après avoir appris que la technique révélée était déjà connue par des tiers.

La Cour de cassation avait rejeté cette prétention au motif qu' : « *en révélant à un industriel des procédés encore ignorés par celui-ci, et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui même qu'aux prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son cocontractant un avantage appréciable dont il est ainsi autorisé à subordonner l'emploi au versement de redevances* »<sup>434</sup>.

Autrement dit, la nouveauté exigée en matière de brevet, conformément aux dispositions de l'article L. 611-10<sup>435</sup> du Code de propriété intellectuelle que, « *sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* », ne s'applique pas en matière de savoir-faire, car ce qui importe ici c'est que la technique en cause ne soit pas facilement accessible au public<sup>436</sup>.

La jurisprudence considère par conséquent qu' : « *un contrat de franchise n'est pas dépourvu de cause, lorsque le savoir faire comporte de réelles spécificités, en dépit du fait*

---

<sup>434</sup> Cass. Com. 13 juillet 1966, *JCP éd. G* 1967. De même, le Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt de 1<sup>er</sup> juillet 2003, la Chambre commerciale avait visé l'économie « de recherche personnelles langues et couteuses ».

<sup>435</sup> Article L611-10 du Code de propriété intellectuelle :

1. Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle.

2. Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment :

a) Les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;

b) Les créations esthétiques ;

c) Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ;

d) Les présentations.

3. Les dispositions du 2 du présent article n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés auxdites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel.

<sup>436</sup> *JCP*, Franchisage, note Ph. Le Tourneau, et Michel Zoia, *Fasc*, 1050, 2008.

*que certains de ses composantes sont d'une grande banalité*<sup>437</sup>. Et que l'originalité peut résider dans l'assemblage et l'exploitation de techniques facilement accessibles dans leur individualité. De même il a été jugé que la simplicité du savoir-faire, n'est nullement incompatible avec son efficacité commerciale »<sup>438</sup>.

Par ailleurs, le Règlement 1988 précisait à cet égard que la notion du savoir-faire ne devait pas « être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur »<sup>439</sup>.

Ainsi, un secret peut être partagé, n'en reste pas moins un secret s'il se limite à un petit cercle d'initiés<sup>440</sup>. Dans cette perspective, l'auteur cite l'exemple de plusieurs entreprises qui aient développés le même savoir-faire, dans ce cas de figure, la valeur du savoir faire pourrait être inférieure (par suite du jeu des règles de la concurrence) et les risques de « fuite » augmenteront, néanmoins, toutes les entreprises en question seront bel et bien titulaire de ce savoir faire<sup>441</sup>.

En effet, ce qui importe c'est que la technique en cause ne soit pas facilement accessible au public<sup>442</sup>. En ce sens, la Cour d'appel de Colmar, avait jugé dans son arrêt du 28 mai 1993, que : « le savoir faire n'est pas invalidé du seul fait que d'autres personnes le connaissent, voir l'exploitent au sein d'un autre réseau de franchise »<sup>443</sup>. Ce qui importe donc c'est que le savoir faire ne soit pas « généralement connu », mais connu uniquement dans un cercle restreint de personne, et en particulier qu'il soit de prime abord inconnu du franchise<sup>444</sup>.

---

<sup>437</sup> CA Rouen, 15 mai 2003, *Juris-Data*, n° 218829 ; CA Versailles, 4 juillet 1996, *Juris-Data*, n°850007 ; CA Paris, 8 mars 1996, D. 1996, *somm.*, p. 108, CA Lyon, 26 fév. 1996, les petites Affiches, 3 août 1994, n°092, note Y. Marot.

<sup>438</sup> CA Paris, 7 juin 2006, *Juris-Data*, n°312420.

<sup>439</sup> Le règlement d'exemption catégorielle du 30 novembre 1988. Sur ce point voir D. Baschet, « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », *Gaz. Pal.*, 2 juin 1994, p. 690.

<sup>440</sup> Ph. Le Tourneau, « Contrats de franchisage », *op. cit.*

<sup>441</sup> En ce sens, Cass. Com, 13 juillet 1966, Sté Bottonificio Fosanese, note P. Durand.

<sup>442</sup> Ph. Le Tourneau, « Contrat de franchisage », *op. cit.*

<sup>443</sup> CA Colmar, 28 mai 1993, *Juris-Data*, n° 048286.

<sup>444</sup> Ph. Le Tourneau, « franchisage, franchisage dans le domaine des services », « franchiseur et franchise », *J.-CL. « Contrat de distribution », Fasc. 1050, 2002.*

Néanmoins, un secret relatif est exigé, c'est-à-dire qui peut être partagé par plusieurs personnes et les oblige à en rechercher les limites. On sait par ailleurs que l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle cessera sa protection, dès lors que le procédé deviendra librement accessible et tombera par conséquent dans le domaine public.

Le principe de la liberté du commerce permet, en effet, la libre exploitation de toutes les connaissances qui sont dans le domaine public, et par conséquent la loi ne peut pas à la fois assurer leur réservation et autoriser leur communication. En conséquence, ne seront pas protégés par les dispositions de l'article L. 621-1 du Code de propriété intellectuelle, les brevets déchu<sup>445</sup>.

Enfin, pour caractériser cet élément, les juridictions s'attachent ainsi à examiner si les techniques transmises au franchisé auraient pu être acquises par lui immédiatement, en utilisant d'autres moyens<sup>446</sup>, ou au contraire, « *aux prix de long tâtonnement* »<sup>447</sup>, conformément à un arrêt de la Cour de Cassation, qui a relevé que : « *la documentation fournie à la société Infotech devait lui permettre sans à procéder à des recherches et sans disposer d'une expérience personnelle, d'acquérir immédiatement les connaissances utiles dans la gestion commerciale, technique et financières dans le secteur de la micro-informatique* ».

Le caractère secret du savoir faire nécessite ainsi une protection, car, le savoir faire ne donne pas lieu à un droit exclusif d'exploitation. En conséquence, celui qui possède un savoir faire peut prétendre en être propriétaire, à la condition de le conserver secret. Le savoir faire est ainsi essentiellement protégé par les mesures mises en place à l'initiative de son titulaire<sup>448</sup>.

---

<sup>445</sup> *T. com. Pontoise, 6 nov. 1967 : Gaz. Pal. 1968, 1, p. 82, note A. Chavanne ; RTD com. 1968, 82*) ou encore les procédés librement accessibles (*CA Douai, 16 mars 1967 : D. 1967, p. 637*).

<sup>446</sup> *CA Montpellier, 27 nov. 2001, Juris-data, n°176699 : « le seul fait de placer la marchandise offerte à la vente en piles, en tas, ou sur des palettes, même s'il s'agit de bouteilles de vin, dans un entrepôt, ne s'aurait être considéré comme un savoir-faire spécifique et originale issu d'une expérience particulière, et différent d'une simple technique de vente qu'un commerçant peut trouver seul ».*

<sup>447</sup> En ce sens, *CA Rouen, 15 mai 2003, Cass, com. 13 déc. 1994, pourvoi n° 92-19.055. Juris-Data, n° 218829.*

<sup>448</sup> Cette partie relative à la protection du savoir faire sera étudiée dans le paragraphe 3 de la 2<sup>ème</sup> Section de ce chapitre.

### ***B- Le savoir faire doit être substantiel :***

Le Règlement européen de 1999 a défini ce caractère substantiel du savoir faire. Ainsi, au terme de ce texte : « *le savoir faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur au fin de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* ».

Par ailleurs, le Règlement européen d'exemption de 1988 précisait à ce titre que : « *le savoir-faire doit être « utile »<sup>449</sup> au franchisé « en étant susceptible à la date de conclusion de l'accord d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché* ». Le savoir-faire doit en effet permettre au franchisé d'exercer son activité de manière performante et lui conférer un avantage concurrentiel<sup>450</sup>.

Il y'a lieu de constater que d'une part, le Règlement n° 2790/1999 n'a pas repris cette précision « *d'utilité du savoir faire* » donnée par le Règlement d'exemption de 1988, il s'est seulement contenté de préciser que le savoir-faire doit comprendre des « *informations indispensables* » pour l'acheteur au fin de leurs utilisations<sup>451</sup>.

D'autre part, le nouveau règlement communautaire du 20 avril 2010, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010, a confirmé la définition du savoir-faire. Ce Règlement reprend donc la définition du Règlement n° 2790/1999, dans la mesure où le savoir-faire doit être « *identifié* », « *substantiel* » et « *secret* ». En revanche, le règlement communautaire de 2010 diffère de l'ancien texte par rapport à la définition de la « *substantialité* ». Dans le règlement communautaire de 1999, le terme « *substantiel* » signifie que : « *le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuel* ». Or, dans le règlement communautaire de 2010, le terme « *substantiel* » signifie que : « *le savoir-faire doit être important et utile à l'acheteur (le franchisé)* ».

---

<sup>449</sup> Règlement européen d'exemption du 30 novembre 1988.

<sup>450</sup> M. Porter, « L'avantage concurrentiel », éd. Dunod, 1999.

<sup>451</sup> Ph. Le Tourneau, « Contrats de franchisage », *op. cit.*

Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2010, date d'entrée en vigueur du Règlement, le savoir faire ne doit être que « *important* » et « *utile* ». Une définition plus large et plus efficace est donnée par le nouveau règlement<sup>452</sup>, où désormais une obligation d'information est indispensable pour l'acheteur.

Une définition plus efficace, car, le savoir faire substantiel doit être utile, autrement dit, il doit apporter au franchisé une amélioration, un progrès, un « *plus* » par rapport à la situation dans laquelle il se trouvait s'il n'était pas franchisé. Le savoir faire doit donc améliorer la position commerciale du franchisé.

Cette analyse est confirmée par le code de déontologie européen de la franchise qui lie ce caractère substantiel au fait que « *le savoir-faire doit inclure une information indispensable pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finaux, (...), le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer la position concurrentielle du franchisé, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à entrer sur un nouveau marché* »<sup>453</sup>.

Une définition du Règlement communautaire de 2010 jugeait plus large, car, dorénavant c'est tout le savoir-faire qui doit être important et non seulement les informations indispensables qu'il contient<sup>454</sup>.

Le savoir-faire est le véritable gage de la réussite commerciale du franchisé. En pratique, les juridictions apprécient souvent le caractère substantiel du savoir-faire en prenant en considération les résultats comptables des franchisés appartenant au réseau de franchise. Des résultats bénéficiaires constituent un indice du caractère substantiel du savoir-faire<sup>455</sup>.

---

<sup>452</sup> F.L. Simon, Franchise-magazine.com.

<sup>453</sup> Code européen de déontologie de la franchise, version 2004.

<sup>454</sup> F.L. Simon, Franchise-magazine.com.

<sup>455</sup> Pour un exemple où le concept franchisé ne présentait dans les fait qu'un intérêt limité, CA Montpellier, 7 janv. 2003, *Juris-Data* n° 212738 : « le contrat de franchise consistait dans la vente d'un concept innovant de nettoyage de véhicules automobiles permettant une réduction du temps de travail de 75 pour cent grâce à l'utilisation de machines (...). Or, il s'avère que le concept vendu ne peut apporter de réelle économie de la



### ***C- Le savoir faire doit être identifié :***

L'article 1<sup>er</sup> du Règlement n° 330/2010 de 2010 précise que : le savoir-faire doit être « *identifié* », dans le sens où, « *le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité* »<sup>456</sup>. Le savoir-faire doit être identifiable, dès le début des relations contractuelles et doit résulter des dispositions contractuelles. L'identification du savoir-faire peut être appréciée en tenant compte de la personne du franchisé (1), sans pour autant entraver à la confidentialité du savoir-faire (2).

#### ***1- L'identification du savoir-faire et le caractère « intuitus personae » :***

L'intuitu personae est une locution latine qualifiant un contrat conclu en considération de la personne avec laquelle il a été passé. Le contrat de travail, le mandat, le louage d'ouvrage ayant tous pour objet de réaliser un portrait, sont des contrats consentis « *intuitu personae* »<sup>457</sup>. Cela signifie que si un contrat est signé « *intuitu personae* », cela implique donc que l'un ou l'autre de ces signataires, ou l'un et l'autre, ont signé ce contrat là, avec cette personne là, parce que c'était elle et pas une autre.

En outre, la plupart des franchiseurs prévoient souvent dans leur contrat que l'« *intuitu personae* » pèsera sur le futur candidat franchisé, ce qui implique que les franchiseurs ne seront pas concernés par cette disposition. Mais, cela est contraire au sens même de l'intuitu personae qui est par nature réciproque dans tous les contrats de franchise. D'ailleurs, la personnalité du responsable du réseau est aussi importante pour le candidat

---

masse salariale que pour 10 pour cent des véhicules nettoyés (...). Par conséquent, dès lors que le concept vendu par le franchiseur ne correspondait pas à l'objet du contrat, celui-ci se trouve sans cause pour le franchisé, et doit donc être annulé ». Dans un arrêt en date du 5 janvier 2010, Juris-Data 2010-003545, la Cour d'appel de Chambéry a prononcé la nullité d'un contrat de franchise dans le secteur de l'anglerie, pour absence d'information sur la consistance du savoir-faire, corroborée par l'insuffisance de la rentabilité de l'activité.

<sup>456</sup> Ces dispositions sont prévues à l'article 1<sup>er</sup> du Règlement n°330/2010 de la Commission Européenne du 20 avril 2010.

<sup>457</sup> N. Alahyane, « Les conséquences du caractère intuitu personae du contrat de licence de brevet et du contrat de licence de marque », Paris, *édité par l'auteur*, 1994.

franchisé que sa propre personnalité l'est pour le franchiseur. Dans ce cadre, et en considération de tous les principes qui identifient la personnalité du franchiseur, que le candidat franchisé peut accepter de signer le contrat de franchise. Par ailleurs, le fait d'admettre qu'il n'existe pas ou qu'il n'y a pas d'intuitu personae à l'égard du franchiseur, c'est d'une certaine manière, contester les principes caractérisant le contrat de franchise lui-même.

Ainsi, avant de conclure un contrat de franchise, le franchisé doit être en mesure de vérifier la réalité et la teneur du savoir faire transmis. Mais, en est-il de la personne du franchisé ? La doctrine<sup>458</sup> estime que le juge doit en tenir compte et la principale illustration réside dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, rendu le 26 février 1993.

En l'espèce, en 1986, Monsieur Battavoine entre en relation avec la *Société Uni Inter*, spécialisé dans le courtage matrimonial. Après avoir signé le 3 mars un contrat de conservation de franchise, il signe le 1<sup>er</sup> avril de la même année un contrat de franchise définissant les obligations réciproques des parties. Monsieur Battavoine ouvre son cabinet le 1<sup>er</sup> mai, mais, un mois plus tard, il a été fait grief à la *Société Uni Inter* de ne pas remplir ses obligations et se trouve contraint de cesser l'exploitation de son agence qu'il n'a plus exploité depuis début juillet 1986.

Par un acte du 9 octobre 1987, Monsieur Battavoine avait assigné *Uni Inter* devant le Tribunal de commerce de Lyon, afin de faire prononcer la nullité du contrat pour dol<sup>459</sup> et obtenir la restitution des sommes versées outre des dommages intérêts ainsi qu'une indemnité de procédure. Il faisait essentiellement valoir que ni pendant la période précontractuelle, ni au cours de l'exécution du contrat la *Société Uni Inter* ne lui avait fourni les prestations promises, que celle-ci avaient été pratiquement inexistantes, alors qu'il avait payé des sommes importantes.

C'est dans ces conditions qu'intervenait un jugement qui estimait que l'action en nullité n'était pas fondée, mais que la résiliation du contrat se trouvait justifiée en raison des

---

<sup>458</sup> Hubert Bensoussan, « Le droit de la franchise », éd., apogée, 1997.

<sup>459</sup> Selon l'article 1116 du code civil, « le dol est une cause de nullité de la convention... ».

excès et des carences de la *Société Uni Inter*, lesquelles avaient en outre causé un préjudice certain à Monsieur Battavoine. La Cour de cassation infirmait la décision de la Cour d'appel de Lyon, en prononçant la résiliation du contrat conclu entre *Uni Inter* et Monsieur Battavoine, aux torts de ce dernier.

L'arrêt a consacré l'importance du caractère « *intuitu personae* », selon les termes suivant : « *attendu que dans les contrats synallagmatiques l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation de l'autre contractant ; que l'existence de la cause qui est présumée doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat. Attendu que le contrat litigieux contient tous les éléments constitutifs essentiels de la franchise envisagée du côté franchiseur telle qu'une enseigne notoirement connue et largement diffusée, la transmission d'un savoir-faire et l'assistance technique et commerciale constante ; attendu que M. Battavoine prétend que certaines prestations prévues étaient en réalité inexistantes, que notamment les conseils donnés étaient plus souvent d'une grande banalité et ne traduisaient aucune transmission de savoir-faire ; en particulier dans le Kit « recherche de capitaux », il était recommandé au candidat de se procurer des capitaux auprès d'amis, parents, camarades, d'une manière générale auprès de ceux qui ont un peu d'argent », en prévoyant des sommes peu élevées par personne pour avoir toutes les chances d'obtenir leur accord... », que dans le document comment trouver des locaux » il était recommandé de choisir « un immeuble bon aspect...d'allure. Un premier étage est l'idéal. Au dessus, bourgeois, éviter bien sur un concurrent. Ce n'est pas un problème si vous avez un ascenseur».*

*Mais, attendu que ces critiques présentent les documents fournis avec dérision et de manière caricaturale : que si en effet certains conseils n 'étaient que des observations de bon sens, dont le rappel n'était sans doute pas inutile à des candidats tels que M. Battavoine qui dit avoir été à l'époque dépourvu d'expérience des affaires, les seize fascicules constituant le «package» contenaient également de nombreuses informations et recommandations portant sur des sujets très divers et dont M. Battavoine ne conteste pas le caractère sérieux. Attendu dans ces conditions que le moyen tiré du défaut de cause comme du défaut d'objet n'est pas fondé...».*

La Cour a rappelé en effet que M. Battavoine n'avait pas d'expérience des affaires à l'époque et que les conseils les plus simples pouvaient lui être profitables. Des décisions ont identifiés le savoir faire à partir des seuls manuels transmis par le franchiseur au franchisé à la signature du contrat, dès lors que ce dernier ne les a pas contestés ; c'est le cas par exemple de la décision de la Cour de Colmar du 9 mars 1990.

De plus, la Cour de cassation a rappelé, dans son arrêt du 3 juin 2008 que : « *le contrat de franchise ne peut être transféré s'il est conclu en considération de la personne du franchiseur, qu'avec l'accord du franchisé* »<sup>460</sup>. En l'espèce, le 11 juillet 1997, une société avait conclu un contrat de franchise pour l'exploitation d'un magasin sous l'enseigne « *COMOD* ». Au terme de ce contrat de franchise d'une durée de 7 ans, le franchisé s'obligeait à acheter exclusivement les produits auprès du franchiseur B. Une société C est venue aux droits de la Société B. Le franchisé A, a notifié le 14 mars 2002, en cours de contrat, au franchiseur C, la rupture du contrat pour substituer l'enseigne *G20* à l'enseigne « *COMOD* ».

Le 3 juillet 2002, la Cour d'appel de Rennes statuant en la forme de référés, a ordonné au franchisé de reprendre l'enseigne *COMOD*, et de poursuivre l'exécution du contrat jusqu'à son terme, soit jusqu'au 11 juillet 2004 sous astreinte.

Le 26 mars 2002, la Société C apporte la branche d'activité de franchiseur *COMOD* au profit de la Société D et l'approvisionnement des supermarchés à la société E. Les Sociétés D et E engagent ensuite une action tendant à la liquidation de l'astreinte prononcée par la Cour d'appel de Rennes. Les sociétés D et A engagent encore une action au fonds pour voir reconnaître la nullité de la rupture et pour être indemnisées de leur préjudice. Le nouveau franchiseur chargé de l'enseigne *G20* est également mis dans la cause ainsi que la société approvisionnant la société A. La société franchisée A, oppose aux sociétés D et E que le contrat de franchise n'a pu être transmis.

La Cour de cassation, saisie de la question du transfert de contrat de franchise, a estimé que : « *le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur,*

---

<sup>460</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 3 juin 2008, pourvoi n°06-13761.

*ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions*». Ce principe découle, pour la Cour de cassation, des articles 236-3 et 236-22 du Code de commerce, outre l'article 1134 du code civil. Or, la Cour de cassation relève qu'en l'espèce la société A (franchisé), avait résilié le contrat en mars 2002 et s'était approvisionné hors réseau de franchise après les apports de branches d'activité.

La Cour de cassation juge que ce comportement du franchisé doit être analysé comme un refus de transmission du contrat. Le contrat de franchise ne pouvait donc être transféré, le franchisé ayant refusé cette transmission. La Cour de cassation rappelle encore que le tiers au contrat, à savoir le nouveau franchiseur de l'enseigne G20, pouvait se prévaloir comme un fait juridique de la fin du précédent contrat sans porter atteinte à l'effet relatif du contrat.

Par ailleurs, la jurisprudence considère qu'en cas de transfert d'activité du franchiseur vers une autre entreprise, la Cour de cassation estime dans ce cas que : « *la nouvelle structure gérant l'activité n'a pas bénéficié du transfère de plein droit au titre des apports partiels d'actifs des contrats de franchise en raison de leur caractère intuitu personae* »<sup>461</sup>.

D'ailleurs, cette même Cour de cassation avait déjà affirmé un an auparavant que : « *le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions* »<sup>462</sup>. La Cour de cassation avait ainsi statué, alors même que le contrat de franchise indiquait qu'il était conclu « *par le franchisé en considération de la notoriété et de l'organisation du groupe Comptoirs modernes et du franchiseur, indépendamment des personnes qui les contrôlent ou les dirigent* ».

Ces arrêts doivent retenir notre attention dans la mesure où ils confirment, de manière générale, le poids important, pour le candidat franchisé, de la personne physique ou morale du franchiseur, vis-à-vis duquel il s'est engagé en signant le contrat de franchise.

---

<sup>461</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 2 octobre 2010, n° 09-70116.

<sup>462</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-16428.

Ces différents arrêts étudiés ci-dessus rappellent également le fait que le franchiseur ne possède pas la faculté de disposer de son candidat franchisé et des contrats de franchise, au seul gré de ses intérêts personnels, mais, qu'il est dans l'obligation d'avoir, au préalable, dans un éventuel changement de franchiseur, le consentement du candidat franchisé, qui lui avait accordé sa confiance lors de la conclusion du contrat de franchise.

Ces décisions jurisprudentielles rappellent aussi le fait que le contrat conclu entre le franchiseur et le candidat franchisé n'est pas un fond d'actif du franchiseur, aliénable à son gré. Ces décisions rétablissent un nouveau sens au consentement des parties au contrat de franchise, mais également à leurs confiance et à l'intuitu personae qui s'attache sûrement et entièrement à la personne du franchiseur.

Il faut souligner enfin que cette clause d'intuitu personae aura des conséquences importantes, surtout dans le cas où la société *est instituée en une SARL, puisque, dans ce cadre et après avoir signé le contrat de franchise, le franchiseur peut s'interposer dans l'établissement du capital de cette société. Dans ce cadre, quelques cas de figure s'imposent :*

- Si au cours du contrat de franchise, le franchisé entend faire entrer un nouveau collaborateur dans l'entreprise, le franchiseur peut s'y opposer en s'appuyant sur le fait qu'il ne s'est jamais engagé avec une autre personne, susceptible, selon lui, d'exercer trop d'influence.
- Si le franchisé entend transmettre son entreprise à un parent, ou dans le cas où il désirera la céder, le franchiseur peut estimer qu'il y a une interruption du contrat de franchise, dans le sens où il a octroyé son enseigne au seul franchisé, et non à son héritier ou un éventuel repreneur. A l'inverse, si le franchiseur ne s'engage pas lui-même, intuitu personae, le franchisé conclu un contrat avec une société ou une personne morale.

- *Si la société change de mains, parce qu'elle a été cédée ou réorganisée avec de nouveaux collaborateurs, le franchisé va se retrouver en face d'un franchiseur inconnu. Cependant, le franchisé ne peut pas se soustraire du réseau de franchise tant que le nouveau franchiseur respecte à la lettre les dispositions contractuelles prévues dans le contrat de franchise. Dans ce cas le franchisé doit, soit trouver un terrain d'accord avec ce nouveau repreneur, ou soit engager un litige, en s'associant dans ce cadre avec les autres franchisés du réseau, qui sont contrariés par ce nouveau changement (avoir un nouveau franchiseur).*

*Ainsi, la solution à ce problème est la conclusion de contrats intuitu personae réciproques, qui peut permettre d'éviter des litiges de ce genre. Par ailleurs, le franchisé à intérêt d'éviter la clause intuitu personae, mais, il faudra encore que le franchiseur en accepte la demande. En revanche, ce dernier doit en exiger la réciprocité. Enfin, il faut évoquer l'hypothèse dans laquelle le franchiseur s'engage comme personne physique, dans ce cas, le franchisé ne sera pas obligé de suivre un éventuel repreneur ou de subir une réorganisation interne dans l'entreprise.*

Par ailleurs, si l'entrepreneur ou le franchisé compte léguer plus tard sa société à un proche ou un partenaire, il doit dans ce cas exiger que le nom de cette personne ou de ce partenaire, figure sur le contrat de franchise, pour mieux faciliter ainsi sa transmission. Enfin, il faut souligner le fait que la clause intuitu personae peut être limitée dans le temps. Elle peut être subordonnée aux résultats de l'entreprise et suspendue en cas de réussite. Mais, reste enfin que toutes ces dispositions ne doivent pas entraver la confidentialité du savoir faire (2).

## ***2- L'identification ne doit pas entraver la confidentialité du savoir faire***

L'article premier de la loi *Doubin*, devenu l'article 330-3 du code de commerce dispose que : « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité est tenu préalablement à la signature de tout contrat conclut dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un*

*document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de causes* »<sup>463</sup>.

En effet, le franchiseur reste toujours méfiant dans la description de manière détaillée de son savoir-faire dans la convention de franchise, dès lors que ce savoir faire doit être transmise vingt jours avant la signature définitive du contrat, car à défaut de conclusion du contrat, le franchiseur aurait pris le risque de transmettre des connaissances a créés à une personne vis-à-vis de laquelle il ne sera pas finalement engagé.

Toutefois, l'obligation d'information qui pèse sur le franchiseur au visa de l'article premier du Règlement communautaire n° 330/2010, précise que : « *le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité* », mais, il peut se trouver en contradiction avec celle de la confidentialité.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent donc sur la nécessité de décrire le plus précisément possible le savoir-faire dans les écrits contractuels<sup>464</sup>. Pour préserver sa confidentialité, il faut donc trouver un compromis, de sorte que le franchiseur puisse ne pas donner toutes les recettes de son savoir-faire, mais, il lui faudra fournir suffisamment d'éléments pour éviter qu'on lui reproche à posteriori la transmission d'un savoir-faire pas suffisamment identifié.

Cette exigence de formalisation du savoir faire est la démonstration de la transmissibilité de ce concept. L'existence des supports de transmission permet de distinguer le vrai savoir-faire du savoir-faire illusoire<sup>465</sup>. L'identification du savoir-faire permet donc d'établir son caractère substantiel qui s'apprécie souverainement par les juges du fond<sup>466</sup>. Avoir été formalisé sur un ou des supports permettant sa transmission. Le savoir faire se trouve en général décrit dans un manuel opératoire appelé « *Bible* », auquel renvoie le contrat

---

<sup>463</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 330-3 du Code de commerce.

<sup>464</sup> Hubert Bensoussan, « Le droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>465</sup> J. M. Leloup, « La Franchise, droit et pratique », *op. cit.*

<sup>466</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2003, CTM/Secta (réseau Autosur), n°01-12-699.



de franchise et qui permet d'établir la réalité des méthodes transmises par le franchiseur. Ce manuel fait l'objet d'une mise à jour régulière, en cours de contrat, afin de tenir compte des perfectionnements apportés par le franchiseur à son savoir-faire<sup>467</sup>.

En effet, l'identification du savoir faire nécessite une formalisation. Cette formalisation peut s'effectuer sur un support quelconque permettant d'assurer sa description. Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans sa décision<sup>468</sup> du 7 juin 2006, a autorisé la transmission orale du savoir-faire lors de stage de formation. L'ensemble des informations et des éléments incorporels que constitue le savoir-faire, doivent donc être matérialisés afin d'en faciliter l'examen et la formalisation du savoir-faire sur des supports, permettant ainsi de le comparer avec les règles de l'art, et pouvoir s'assurer aussi du fait que si le savoir-faire se détache de ces dernières ainsi que du talent personnel du franchiseur.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 17 décembre 2009, avait considérée que : « *le système mis au point par le franchiseur Pétrin Ribeïrou « a fourni à ses partenaires ... un ensemble de savoirs faire, de prestations, d'assistance technique et commerciale qui a permis à de multiples personnes dépourvues de toute formation en matière de panification et de commercialisation du pain et des produits dérivés de gérer et d'exploiter avec succès un fonds de commerce de boulangerie* »<sup>469</sup>.

Cela veut dire que le succès des franchisés démontre qu'un véritable savoir faire a été transmis, et qui repose sur un procédé permettant à des franchisés néophytes de disposer d'un outil de travail très complet, et surtout « *identifié* » par une marque protégée (la marque en question est le « *Pétrin Ribeïrou* »).

De surcroît, la Cour d'appel de Besançon dans son arrêt du 9 avril 2010, a aussi fait valoir l'originalité de la méthode mis en place par le franchiseur « *Le pétrin Ribeïrou* », permettant ainsi aux franchisés n'ayant aucune connaissance spécifique en matière de boulangerie, de produire des pains biens « *identifiables* ».

---

<sup>467</sup> F. L. Simon, « Théorie et pratique du contrat de franchise », *op.cit.*

<sup>468</sup> CA Paris, 7 juin 2006, « droit de la franchise », *LPA*, 15 novembre 2007, p. 25.

<sup>469</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 17 décembre 2009.

En conséquence, ce genre d'arrêts s'inscrivent dans ce mouvement jurisprudentiel qui estime la substance du savoir faire en fonction de son utilité. Si la plupart des candidats franchisés réussissent, c'est grâce au franchiseur qui a parfaitement satisfait à ses obligations, mais aussi, grâce à son concept de savoir faire qui est finalement très utile. Ce pragmatisme économique démontre l'intérêt commun des collaborateurs, liés par un contrat de franchise, dont les succès mutuelles se consolident réciproquement et constitue l'essence précise du dynamisme d'un réseau de franchise.

Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée sur l'absence d'originalité du savoir faire<sup>470</sup>, dans la mesure où il n'est pas possible de le distinguer des règles de l'art, au terme de cet arrêt : « *tout contrat de franchise est nul, sur le fondement de l'article 1131<sup>471</sup> du Code civil, dès lors qu'il porte sur un savoir-faire dépourvu d'originalité et ne se distinguant pas des règles de l'art que le franchisé était en mesure d'acquérir par ses propres moyens* ».

Alors que, le savoir-faire se doit ainsi d'être un ensemble « *secret* », « *substantiel* », et « *identifié* » d'informations non brevetées résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, il est tout à fait établi dans cette affaire que la méthode ou le moyen de fabrication artisanale utilisée pour fabriquer du pain, et qui fait l'objet du contrat de franchise, ne présente aucune originalité. Le procédé de fabrication du franchiseur se trouve dans l'incapacité de procurer un quelconque avantage concurrentiel crucial à la personne qui le détient. Ce qui forcément impose par conséquent, l'annulation du contrat de franchise »<sup>472</sup>.

Ainsi, avant de transmettre son savoir faire, le franchiseur a impérativement l'obligation de le tester. En effet, l'article 2 al. 2 du Code Européen de la Déontologie de la franchise, considéré comme un code des bons usages et de bonne conduite de la franchise en Europe, précise à cet égard : « *Le franchiseur devra :*

- *avoir mis au point et exploité avec succès un concept pendant une période raisonnable et dans au moins une unité pilote avant le lancement du réseau* ».

---

<sup>470</sup> La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 9 février 2011, a prononcé la nullité du contrat de franchise pour absence de cause, en considérant que « *le savoir-faire n'était pas original et secret* ».

<sup>471</sup> Article 1131 du code civil : « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

<sup>472</sup> CA Paris, 9 février 2011, *Juris-data*, n° 2011, 020406.

- *Pour qu'il soit réellement pertinent, le test doit, idéalement, comporter au moins deux pilotes, dans des conditions comparables, l'exploitation du deuxième pilote confortant le succès obtenu avec le premier et actant de la capacité à réitérer du futur franchiseur.*
- *Seule l'unité pilote permet en effet de tester et valider le concept développé par le franchiseur. Ce dernier va ainsi pouvoir s'assurer de la validité et de la rentabilité de son modèle économique et ainsi confirmer le caractère substantiel du savoir-faire»<sup>473</sup>.*

Le fait que le savoir-faire résulte de l'expérience du franchiseur et ait été testé<sup>474</sup> par lui, relève donc de l'essence même de la franchise, cela permet en effet de vérifier qu'il y a eu un succès et qu'il peut être réitéré, l'unité pilote étant une véritable démonstration du savoir-faire du franchiseur. Une expérimentation suffisante est profitable tant au franchiseur qu'au franchisé et est une nécessité absolue<sup>475</sup>.

En guise de conclusion, et comme nous l'avons déjà souligné, le savoir-faire doit être secret. C'est pour cette raison qu'il doit être régulièrement préservé. Pour la doctrine<sup>476</sup>, l'obligation qui pèse sur le futur candidat franchisé, relative au secret est une obligation implicite, et ce, malgré le fait que, le franchiseur ne manquera pas d'imposer au franchisé, par des accords de confidentialité et de non-concurrence<sup>477</sup>, l'obligation de garder secret son savoir faire pendant et après la durée du contrat, conformément aux dispositions du Guide sur les accords de franchise principale. D'ailleurs, le *Règlement européen sur la franchise* après avoir mis en évidence le caractère «*secret, substantiel et identifié*» du savoir-faire, insiste pertinemment sur le fait qu'il ne doit pas être «*généralement connu ou facilement accessible*».

---

<sup>473</sup> Article 2 al.2 du Code Européen de la Déontologie de la Franchise.

<sup>474</sup> Ph. Le Tourneau, « Franchisage, franchisage dans le domaine de des services, Franchiseur et franchisé », J.-CL. Contrats Distribution, *Fasc.*, 1050, 2002. Et site en ce sens O. GAST, « Plaidoyer pour une révision de la notion du savoir-faire en matière de franchise : (du savoir-faire au savoir-réussir) », les petites affiches, 3 novembre 1995, n° 159, p. 9.

<sup>475</sup> Les normes AFNOR, (qui n'a pas de force obligatoire), précise que le concept doit être testé dans établissement pilote. Or, CA Versailles « avait jugeait que ce mode de teste n'était pas nécessaire », Arrêt de 27 mai 1993, *Juris-Data*, n°045068.

<sup>476</sup> M. Fontaine, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAl*, 1991, p.3 et s.

<sup>477</sup> S. Grac, *op. cit.*, note 1, p. 88.

De surcroît, la jurisprudence et la doctrine ont suivies ce Règlement, surtout sur le point qui relie la valeur du savoir-faire à son caractère confidentiel qui constitue un élément fondamentale du savoir-faire, qui contrairement à la marque, ne bénéficie d'aucune protection légale, n'est soumise à aucune procédure d'enregistrement et qu'il ne peut être breveté, de tel point que un éventuel risque de révélation de secret professionnel, reste réel et très probable<sup>478</sup>. Par ailleurs, cet éventuel risque voit son importance s'accroître au plan international, en ce que la distance rendrait le contrôle plus difficile et les conséquences d'une révélation encore plus alarmantes que dans le cadre d'un rapport contractuel purement local.

Ainsi, le responsable du réseau de franchise à la charge de se prémunir-plus que jamais- contre d'éventuelles atteintes qui peuvent toucher de près ou de loin son savoir-faire, ou encore veillé à ce que son secret de fabrique ne soit révélé, ce qui s'avérerait par la suite très désastreux pour l'image de la marque et par conséquent très bénéfique à ses adversaires dans le cadre d'un réseau de franchise.

Par ailleurs, conscient de l'importance de la sauvegarde de ce concept du savoir-faire, le Règlement n'a pas hésité de mettre le point sur l'intérêt de l'intégration d'un certain nombres de dispositions contractuelles, capables de promouvoir une telle démarche protectrice et à diminuer l'aspect de l'insécurité juridique que ressentent, bon gré, mal gré, les parties à la relation de franchise.

Parmi ces dispositions, certaines sont relatives aux accords classiques de confidentialité et de non-concurrence<sup>479</sup>, alors que d'autres le sont moins et se rencontrent essentiellement en matière de franchise extracommunautaire et notamment dans un contexte de franchise principale<sup>480</sup>. C'est ainsi qu'une fois les moyens de la mise en ouvre de la franchise ont été communiqués aux franchisés, le franchiseur devra suivre le développement de son concept, voir même assurer son renouvellement (**Paragraphe III**).

---

<sup>478</sup> H. Kenfack, « Droit du commerce international », Paris, *Dalloz*, 2002, note 244, p. 58.

<sup>479</sup> Il faut souligner ici que ces clauses de confidentialité et de non concurrence sont pratiquement disparues sur le plan des législations internes.

<sup>480</sup> C'est le cas par exemple des clauses de restrictions du domaine d'utilisation qui ont pour principal objet de cerner le domaine d'application du savoir-faire concédé, de telle sorte que le franchiseur soit assuré que d'une part, les futurs candidats franchisés ne s'en servent pas de son savoir-faire pour diverses activités, sans pour autant bénéficier d'une contrepartie, en tant que possesseur du savoir faire, et pour que d'autre part, le franchiseur puisse avoir la faculté de contrôler l'usage qu'en fait les candidats franchisés de son savoir faire.

### **Paragraphe 3 : Le renouvellement du savoir faire.**

Le concept du franchiseur a pu largement se développer, grâce à l'acquisition par le franchiseur d'un avantage concurrentiel très intimement lié à son savoir faire. Il en a, par conséquent, fait profiter ses franchisés qui font partie de son réseau. Grâce à différents moyens et méthodes, le réseau a pu développer ce privilège concurrentiel.

Il s'agit dans ce cadre de le conserver et de lui en assurer une évolution constante. C'est dans cette perspective que le renouvellement du savoir faire constitue un élément indispensable (**Sous-Paragraphe 1**), qui est néanmoins susceptible de rencontrer des difficultés (**Sous-Paragraphe 2**).

#### ***Sous-Paragraphe 1 : L'indispensable renouvellement du savoir faire.***

Au fil des années, la franchise en général et le savoir faire en particulier, serait un élément obsolète, s'il n'était pas renouvelé. De surcroît, selon beaucoup de spécialistes, la cadence de vieillissement des concepts s'accélère<sup>481</sup>, c'est pourquoi le savoir-faire doit donc être constamment renouvelé. Par ailleurs, les causes qui imposent ce renouvellement du savoir faire sont multiples, et qui sont toutes relatives soit à la modification du concept de savoir faire (**A**), ou soit à l'évolution du cadre juridique et commercial général (**B**).

#### ***A- La modification du concept de savoir faire.***

Cette modification du concept de savoir faire trouve principalement son origine dans l'évolution et la diversification de la clientèle dans un marché mondialisé en plein développement, sans pour autant oublier un certain nombre de facteurs qui ont participé plus ou moins à générer une opportunité pour faire modifier le concept du savoir faire. Ainsi, Ch. Zimmer pense dans ce sens que : « comme toute entreprise, le réseau de franchise est dans un

---

<sup>481</sup> P. Jeanmart, « L'officiel de la franchise », n°23, novembre 1999, p. 34, déclare dans ce sens qu' : « *un concept, cela durait dix ans, maintenant sa durée de vie est comprise entre six et neuf ans* ». Il s'interroge pour savoir : *que se passe-t-il après? Le franchiseur va-t-il faire évoluer son concept?* ».

marché mouvant, dans lequel ce sont les nouveautés techniques ou sociales qui ont provoqué l'évolution des savoir-faire : gestion informatique, code-barres, modification des budgets familiaux par régression des dépenses alimentaires et croissance des voyages et loisirs...etc.<sup>482</sup>. Mais, cette modification du concept de savoir faire peut aussi avoir comme origine l'évolution du cadre juridique général (**B**).

### ***B- L'évolution du cadre juridique et commercial général.***

Des impératifs et des exigences extérieures au réseau de franchise qui viennent souvent causer des modifications du concept de savoir faire, tel est le cas par exemple avec la réduction du temps de travail hebdomadaire<sup>483</sup>, Les évolutions du droit de la concurrence entraînent aussi des révisions profondes du concept. Mais, des fois ce sont des exigences internes au réseau de franchise, concernent principalement la politique générale du groupe, qui provoquent une évolution du savoir-faire. Ainsi, c'est le cas par exemple de l'approvisionnement auprès d'un fournisseur du groupe de franchise, succédant à des sources diverses d'approvisionnement externe<sup>484</sup>.

Par ailleurs, même dans le cas où un bien est bien placé, un produit voit progressivement son avantage concurrentiel reculer sous l'effet des aléas de la concurrence. Il faut alors adopter une nouvelle politique de production d'une nouvelle génération de produits pour concentrer l'offre sur l'image de la marque. C'est parfois le marché du travail qui agit sur les modifications du concept de savoir faire. Ainsi, dans le domaine des soins esthétiques, la superficie de la cabine de soins est une commodité pour les salariés de l'entreprise. Le réseau qui cherche à embaucher les meilleurs employés, doit leur offrir des conditions de travail très attrayantes. En conséquence, le cadre juridique et commercial général permet d'engendrer des évolutions du concept de savoir faire, qui ne l'empêche pas néanmoins de rencontrer des difficultés (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>482</sup> Ch. Zimmer, « Devenir franchisé ou lancer une franchise », avec la collaboration de A.-S. Homassel et S. Moineau, *Vuibert*, 2002, p. 131.

<sup>483</sup> S. Dargan, *PME Affaires*, n° 17, mai 1999, entretien avec J.-M. Ieloup.

<sup>484</sup> *V. Franchise Magazine*, n°158, juin-juillet 2000. p. 40.

### ***Sous-Paragraphe 2 : Les difficultés liées au renouvellement du savoir faire.***

Ces difficultés concernent principalement les problèmes que rencontre une société face à l'adoption d'une politique de changement interne à l'entreprise. Néanmoins, la franchise en rajoute des impératifs et des exigences très spécifiques, relatifs à l'évolution du cadre contractuel entre les deux parties au contrat de franchise, à savoir le franchisé et le franchiseur (**A**), mais, relatifs aussi au développement de la structure du franchiseur (**B**).

#### ***A- L'évolution du lien contractuel entre les deux parties au contrat de franchise :***

Dans ce cadre contractuel entre les deux parties au contrat de franchise, le constat est simple : le franchisé après quelques années de collaboration avec le franchiseur dans le cadre du contrat de franchise et après avoir réalisé beaucoup de succès, il change de comportement à l'égard de son franchiseur, puisqu'il estime qu'il a appris tous les rudiments du métier, ce qui lui fait penser qu'il paye trop cher pour avoir appris. Des forces centrifuges évoluent alors dans le réseau. En même temps qu'ils se font très exigeants, les franchisés tolèrent moins bien qu'au début du lancement de leurs activités, les instructions et les consignes du franchiseur. Ce comportement est d'autant plus délicat que tous ne saisissent pas de manière identique l'indispensable exigence d'évolution.

Le plus souvent, le changement rencontre une critique nourrie par une double réticence au changement et au financement (de ces changements). Le renouvellement appelle de la part des franchisés un effort de formation continue, alors qu'ils disposent bien de l'état antérieur du savoir faire; mais aussi, un effort financier considérable relatif par exemple à la rénovation du point de vente, publicité...etc. Les franchisés sont en général réticents à faire ces changements, surtout quand leur contrat s'approche de délai d'expiration. C'est pourquoi, la politique de recrutement doit tenir compte de l'indispensable nécessité du changement.

## ***B- Le développement de la structure du franchiseur.***

Dans le cadre du développement de la structure du franchiseur, l'équation est simple : de même que la société qui envisage de se développer en franchise doit avoir une structure de franchiseur, de la même manière que la société qui a bien réussi en franchise doit veiller à ce que sa structure permette le renouvellement permanent du savoir faire. Ainsi, selon la doctrine, « *le paradoxe du dirigeant est que la nécessité d'anticiper l'évolution de l'environnement est limitée par l'incapacité de connaître tous les facteurs de cette évolution, de là l'efficacité de ce qu'elle nomme le pilotage stratégique, management stratégique dans lequel l'adaptation aux événements survenant dans l'environnement de la firme s'effectue de façon offensive, c'est-à-dire avec la volonté systématique d'en tirer parti pour établir un avantage durable sur ses concurrents* »<sup>485</sup>. Par ailleurs, dans le cadre de ce climat de concurrence, la protection du savoir faire s'impose pour ainsi préserver le concept contre d'éventuels contrefacteurs (**Paragraphe III**).

### **Paragraphe III : La protection du savoir faire.**

Ce concept de savoir faire réitère la permanence de la question de la protection des connaissances techniques, qu'elles soient couvertes par les procédés de propriété industrielle ou qu'elles ne soient pas susceptibles d'une telle protection<sup>486</sup>. Le concept de savoir faire n'accorde pas systématiquement un droit exclusif d'exploitation. Par conséquent, le détenteur de ce concept peut prétendre en être propriétaire à la seule condition de le garder secret. Ce concept est ainsi principalement protégé par des dispositifs légaux mis en place par le législateur (**Sous-Paragraphe 1**) ou par d'autres dispositifs volontaires mis en place à l'initiative de son détenteur (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>485</sup> M.-J. Avenier, « Le pilotage stratégique de l'entreprise », 2<sup>ème</sup> éd., Presses du CNRS, 1988, not. p. 135.

<sup>486</sup> Y. Emineco, « Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste : l'innovation et le Know-how », in *Mélanges Bastian, librairies techniques*, 1974, p.215.



### ***Sous-Paragraphe 1 : Les dispositifs de protection légaux***

Dans ce cadre, il faut opérer une distinction entre la protection de l'action en concurrence déloyale (A), la protection assurée par le droit pénal (B) et la protection issue d'autres textes législatifs (C).

#### ***A- La protection de l'action en concurrence déloyale :***

La protection de l'action en concurrence déloyale rentre dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle, elle est d'application quant un acte de concurrence déloyale basé sur la faute commise par toute personne ayant divulgué un secret de savoir faire, ou qui a eu accès à ce secret par des moyens frauduleux ou par des manœuvres frauduleuses. Par conséquent, le fait que cette personne désire s'emparer de telles connaissances techniques, est sanctionné par la loi, et que ce fait ne rentre pas nullement dans le cadre de l'exercice du droit de la liberté de l'industrie et du commerce, concrétisé par la reproduction de produits n'ayant aucune protection particulière, attesté par exemple par un dépôt de brevet ou de marque.

En conséquences, la personne qui détient le savoir faire, ayant fait l'objet d'une atteinte, peut exercer une action en responsabilité civile délictuelle ou une action en concurrence déloyale contre son concurrent, qui sera juridiquement fondée sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil, concernant la responsabilité civile délictuelle. Cet article prévoit que : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »<sup>487</sup>.

Ainsi, pour pouvoir agir contre un éventuel concurrent, qui aurait repris son savoir faire, le propriétaire de ce dernier doit prouver les moyens essentiels au succès d'une action en responsabilité délictuelle, fondée sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil, tel est le cas par exemple d'une faute, ou d'un préjudice ou encore d'un lien de causalité. A la différence du détenteur d'un brevet, le détenteur d'un savoir faire ne peut se satisfaire de prouver que l'un de ses concurrents possède le même concept de savoir faire.

---

<sup>487</sup> Article 1382 du Code civil.

En conséquence, comme ce savoir faire n'est pas protégé par un droit privatif, la simple prétention de la reprise de ce savoir faire ne suffit pas à elle seule pour engager la responsabilité du repreneur, mais, il faut aussi prouver le fait que cette reprise est bien fautive. Ainsi, le propriétaire de ce concept de savoir faire doit prouver que :

- Il détenait ce savoir faire avant son adversaire.
- Ce savoir faire avait possédait déjà le caractère « *confidentiel* ».
- Les circonstances qui ont fait que l'adversaire à pu accéder au savoir faire, ont été fautifs.

Par ailleurs, les actes déloyaux peuvent consister par exemple en des manœuvres frauduleuses, en la violation d'obligations de confidentialité, des actes d'espionnage industriel, une utilisation abusive d'informations acquises lors des négociations rompus avec le propriétaire de ce concept du savoir faire, ou procurées dans le cadre de relations et de liens de confiance, surtout dans le cadre de précédents rapports commerciaux.

Néanmoins, malgré les investissements énormes engagés par l'entreprise et malgré toutes les précautions mis en œuvre en la matière, l'espionnage industriel demeure une réalité existante et l'entreprise, même en prenant toutes les précautions nécessaires, encours toujours le risque d'une éventuelle révélation de l'une de ses informations classées secrètes et confidentielles. Dans cette perspective, pour bien garantir au mieux la sauvegarde de concept du savoir faire des entreprises, il faut recourir à des moyens supplémentaires, comme par exemple le droit pénal (**B**).

### ***B- La protection assurée par le droit pénal.***

La responsabilité pénale du tiers qui porte atteinte au concept du savoir faire d'une entreprise, est engagée en cas de délit pénal, correspondant par exemple à la violation du secret professionnel, ou à la divulgation du secret de fabrique...etc., Dans ce cadre, la protection de concept du savoir-faire est assuré par des mesures issues du droit pénal, qui

condamnent et sanctionnent d'éventuelles atteintes au secret, c'est le cas par exemple aux atteintes relatives à :

- La violation du secret professionnel portant sur du savoir faire est le fait pour toute personne, ayant accès à des données classées secrètes, notamment par sa profession, de les divulguer à d'autres personnes étrangères à l'entreprise. Pour être sanctionnée, il doit avoir eu conscience de ces conséquences gravissimes, c'est-à-dire de dévoiler une information qu'il savait pertinemment confidentielle. La sanction de cette infraction est basée sur l'article 226-13 du Code pénal qui prévoit que : « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* »<sup>488</sup>. Cette violation est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.
- La divulgation d'un secret de fabrique incluant la violation du secret industriel, est sanctionnée. Car, il s'agit d'espionnage industriel commis notamment par un employé de la société. Ainsi, la divulgation sans autorisation préalable d'une information classée secrète est susceptible d'engendrer de graves conséquences économiques pour l'entreprise touchée par cette divulgation, et vis-à-vis de laquelle la méthode de fabrication était fondamentale, et devait ainsi rester confidentiel, surtout pour les entreprises concurrentes. Cette divulgation remet en cause la stratégie commerciale de l'entreprise et ce qui constituait la base même de son activité. Par conséquent, cette divulgation va fortement nuire aux intérêts économiques de l'entreprise, surtout dans un marché mondial hyper concurrentiel. Ainsi, la violation du secret de fabrique, est sanctionnée conformément aux dispositions de l'article L. 152-7 du Code du travail et de l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui prévoit que : « *le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique. Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26*

---

<sup>488</sup> Dispositions de l'article 226-13 du Code pénal.

*du code pénal* »<sup>489</sup>. Ainsi, cette infraction est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Mais, le droit pénal n'est pas la seule mesure législative qui assure une protection de concept du savoir faire, il en existe tant d'autres (C).

### ***C- La protection assurée par d'autres textes législatifs.***

Le concept du savoir faire est aussi protégé par des mesures législatives très significatives relatives aux marchés publics. Tant de l'article 6 de la directive communautaire n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics, de fournitures et de services, que de l'article 67 du Code des marchés publics et de la circulaire du 16 décembre 2004, modifiant la circulaire du 7 janvier 2004, portant manuel d'application du Code des marchés publics.

Ainsi, ces deux textes imposent aux personnes publiques passant un marché public, de ne pas révéler les données qui leur sont communiquées par les intervenants à titre confidentiel, notamment celles relatives aux secrets techniques. C'est dans le cadre de ces différents dispositifs de protection de concept du savoir faire, que le propriétaire d'un savoir faire possède des droits sur celui-ci. Mais, serait-il de même en matière de protection volontaires (**Sous-Paragraphe 2**).

### ***Sous-Paragraphe 2 : Les autres dispositifs de protection.***

Dans le cadre de ces mesures, des obligations s'imposent à toute personne censée accéder au concept du savoir faire du franchiseur, tel est le cas par exemple de la mise en place d'un dispositif d'information dans l'entreprise (A), mais aussi des engagements

---

<sup>489</sup> Article L. 152-7 du Code du travail et article L. 621-1 du Code de propriété intellectuelle.

contractuels de confidentialité **(B)**, et/ou encore de la mise en œuvre d'un système de sécurité propre à la société **(C)**.

#### *A- La mise en place d'un dispositif d'information.*

Cette mesure aura comme principale objective d'informer les employés de l'entreprise des enjeux relatifs à la confidentialité des données, pour lesquelles ils auront accès dans le cadre de l'exercice de leur activité au sein de la société. Cette mesure doit également rappeler les enjeux liés à cette confidentialité, tant sur deux niveaux, au niveau juridique et au niveau économique.

Par ailleurs, cette mesure doit préciser les règles que chaque employé de l'entreprise doit respecter, dans le traitement des données fournies dans le cadre de l'exercice de son activité, et ceux sous toutes leurs formes. En plus, la circulation de ces informations est strictement contrôlée, car est à la base du savoir faire de l'entreprise.

Tout d'abord, le personnel de l'entreprise, dans son ensemble, est informé des attitudes à adopter, surtout pendant les voyages, les séminaires, des conférences...etc., qui se déroulent hors de l'entreprise et qui constituent des occasions propices à la révélation et à la divulgation d'informations classées secrètes. Dans cette perspective, l'entreprise doit veiller à indiquer sur tous les documents classés sensibles, leur niveau de confidentialité et le nom des personnes autorisées à les consulter.

Enfin, il faut rappeler que cette mesure d'information est censée rassembler tous les salariés de l'entreprise, c'est pourquoi elle doit être effectuée de manière simple et persuasive. A coté de ce dispositif d'information des salariés de l'entreprise, d'autres mesures visant à assurer la protection du savoir faire sont mises en place **(B)**.

### ***B- Les engagements contractuels de confidentialité.***

Les obligations de confidentialité sont indispensables et doivent être imposées à toute partie au contrat de franchise susceptible d'avoir accès, d'une façon ou d'une autre, au concept de savoir faire. Ainsi, toute personne travaillant comme étant salarié dans la société, ou plus précisément ceux ayant accès aux données stratégiques de l'entreprise, surtout à son savoir faire, doivent être soumises à un devoir de confidentialité, et ceux avant et après la conclusion du contrat.

De surcroit, il serait également très prudent d'imposer ces engagements de confidentialité à toute partie tiers à la société, prenant connaissance de son concept de savoir faire ou susceptible d'en prendre connaissance par la suite, tel est le cas par exemple des sous traitants, intervenants extérieurs, des visiteurs...etc. De surcroit, le travail des salariés de l'entreprise et de celui étranger à celle-ci est ordonné en fonction de ces données confidentielles de l'entreprise. S'agissant des salariés, ils sont soumis à des dispositions très strictes, tel est le cas par exemple pour le changement permanent des codes d'accès aux ordinateurs de travail et aux locaux...etc.

En outre, après chaque réunion de travail, les feuilles accrochées aux divers tableaux doivent être détruites, et le salarié ne pourra pas emporter chez lui les dossiers et travaux sensibles et confidentiels. Pour les personnes étrangères à l'entreprise, comme par exemple les visiteurs, le personnel d'entretien des locaux...etc., elles doivent porter quelques choses qui indiquent leurs qualités de « visiteurs occasionnel », tout en limitant leurs accès à certaines zones, dit sensibles, de l'entreprise. Dans ce cadre, et pour bien renforcer la protection de ce concept du savoir faire de l'entreprise, la mise en place d'un système de sécurité de l'entreprise, nous paraît très utile (C).

### ***C- La mise en place d'un système de sécurité.***

A coté de ces engagements de confidentialité, la protection de concept du savoir faire passe également par un système de sécurité installé à l'intérieur même de la société. Ce

système doit être efficace et performant, pour bien assurer cette mission protectrice basée sur l'installation de moyens de sécurité physiques, consistant en la mise en place de :

- Contrôles de sécurité périodiques des différents organes de l'entreprise.
- Caméras qui doivent être installées dans les lieux stratégiques de l'entreprise.
- Accès interdits aux ordinateurs de la société, à toute personne étrangère.
- Accès limité aux archives de l'entreprise.
- Accès restreint aux lieux, qui ne peuvent se faire qu'à travers la délivrance d'un code de sécurité très spécial.

Il serait également utile de mettre en place une méthode d'identification des éléments caractéristiques du savoir faire, et de bien les classer selon leur valeur et leur importance, sans pour autant négliger la sécurité des moyens de communication électronique, qui constitue également un dispositif primordial de protection de ce concept du savoir faire, notamment dans les sociétés travaillant dans le cadre du réseau internet.

Pour conclure, toute société ou entreprise détenant un savoir faire particulier, doit tout faire pour le protéger contre toute utilisation de ses connaissances techniques par une personne contre sa volonté, ou contre toute révélation abusive, qui aura des conséquences catastrophiques sur l'avenir de l'entreprise.

Ainsi, la protection du savoir faire peut être volontaire, à travers l'existence de mesures de sûreté industrielle, ayant pour objet d'organiser la protection des biens matériels et intellectuels de la société, mais aussi s'assurer de la préservation de la confidentialité de certaines activités sensibles de l'entreprise. Dans ce cadre, il n'est pas question d'accepter les révélations d'un secret par le recours à des manœuvres dilatoires, ou encore par négligence... etc., ainsi que tout élément relatif à la perte ou à la destruction d'une connaissance ou technique relative à ce savoir faire.

Par ailleurs, les salariés devant appliquer ces mesures sont ceux qui participent de près ou de loin dans la création de ce savoir-faire, ou encore ceux qui le détiennent ou qui sont susceptibles d'en avoir accès. Une protection particulière doit être assurée pour les supports

sur lesquels sont enregistrées les connaissances et techniques de ce savoir faire (ordinateurs, archives...), et les entreprises à l'intérieure desquels, elles sont élaborées, détenues..., doivent être obligatoirement surveillées et protégées.

Lorsque le savoir-faire circule et se transmet à travers les moyens modernes de télécommunication (Fax, mail...), dans ce cadre une parfaite protection doit avoir lieu. Ainsi, dans la pratique, des recommandations de sécurité et de vigilance sont données aux salariés de l'entreprise, dès leurs embauches. Pourtant, des mesures de sécurité supplémentaires s'imposent, comme par exemple celles relatives à l'accès aux locaux qui doit être protégés par des codes d'accès..., afin d'éviter ainsi toute ingérence et infiltration de personnes non autorisées à y accéder.

En plus, la société doit interdire, dans la mesure du possible, de faire entrer en son enceinte toutes les appareils photographiques, pouvant permettre de recopier les méthodes industrielles et commerciales de l'entreprise. L'objectif étant d'éviter que toutes ces personnes prennent connaissance, même de manière hasardeuse, de données confidentielles, lorsqu'elles circulent dans l'enceinte de l'entreprise. De surcroit, les salariés devront éviter de parler d'informations secrètes et confidentielles devant des personnes étrangères à l'entreprise, pour éviter ainsi une éventuelle divulgation de ces informations.

Enfin, tous ces différents dispositifs de sécurité ayant pratiquement le même but : permettre d'assurer une protection efficace et irréprochable de ce concept du savoir faire, à l'intérieur et à l'extérieur de la société, ce qui justifie parfaitement l'indispensable organisation des agissements et de la conduite de ses salariés. Par conséquent, la sécurité de l'entreprise doit être idéale et convenablement organisée, puisqu'il s'agit de protéger les intérêts économiques de la société.



## Conclusion du deuxième Chapitre

En guise de conclusion, on a vu dans ce chapitre que l'expression « savoir-faire » est empruntée au vocabulaire américain de la propriété industrielle : « *know how* », et que cette notion est une source de pouvoir et d'enrichissement pour son possesseur, qui ne prend sa juste et pleine valeur, que lorsqu'il conduit à une action. C'est ainsi qu'on parle de savoir faire qui allie la connaissance à l'action.

On a également opéré une distinction entre le avoir faire et d'autres notions voisines telles que le brevet. On a vu que la différence quant à l'application réside dans le fait que ces deux systèmes sont complémentaires, car la protection assurée par le brevet suppose la révélation de la technique concernée et la protection du savoir faire suppose qu'il soit concrètement possible de préserver l'invention contre d'éventuelles atteintes extérieures et de la garder secrète, notamment dans le cadre de sa commercialisation.

Ainsi, la personne qui a divulguée ses secrets techniques, dans une demande de brevet, perd le droit d'invoquer leur protection en tant que savoir faire. En conséquence, le fait de déposer une demande de brevet fait basculer les connaissances dans le domaine public et les dénudent de leur caractère secret. Ainsi, le savoir faire ne peut être à la fois secret et breveté.

Cette distinction touche également le domaine du savoir faire et celui du secret de fabrique. Ainsi, comme on a vu, la différence entre ces deux notions quant au contenu réside dans le fait que le savoir faire se distingue du secret de fabrique plus par son contenu que par ses caractéristiques qui sont très proches. En effet, l'objet du secret de réside dans l'existence d'un processus industriel de fabrication, tandis que le savoir faire peut avoir comme objet tous les domaines d'activité de l'entreprise comme par exemple le domaine de la fabrication, ou encore de la commercialisation des produits et des services et dans un sens plus large, tout ce qui a un rapport avec la gestion de la société.

On a également pu en déduire de tout ce qui précède que la définition du savoir faire s'effectue par la mise en avant de ses caractéristiques. Ainsi, selon une définition générale, ce savoir faire est un ensemble de connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public et non brevetées. L'accès à cet ensemble de connaissances suppose donc qu'une personne doit payer pour y avoir accès.

Par ailleurs, le savoir faire possède quelques caractéristiques primordiales, dans le sens où il doit être : secret, transmissible et non breveté. Le savoir faire dans les contrats de franchise, en l'absence de définition légale du droit national, a été parfaitement défini par les règlements communautaires, comme le règlement d'exemption spécifique aux accords de franchise du 30 novembre 1998, n°4087/88, qui a défini ce savoir faire comme étant : « *Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié* »<sup>490</sup>.

Ainsi, le caractère « *substantiel* » du savoir faire est primordial. Il doit être original, dans le sens où il doit être pris, non au sens premier du terme, mais au sens de « non immédiatement accessible au public, non initié et consister en des procédés ou méthodes que le franchisé n'aurait pu découvrir par lui-même, sans effectuer des recherches personnelles, longues et coûteuses ». D'ailleurs, ce caractère substantiel a été défini par le règlement communautaire d'exemption générale des accords verticaux du 22 décembre 1999, comme signifiant que : « *le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheter aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels.* »

De surcroît, on a vu également que le savoir faire doit être secret, c'est-à-dire « non immédiatement accessible au public ». Ainsi, le règlement communautaire précise que le mot secret signifie que : « *le savoir-faire dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est généralement pas connu ou facilement accessible* »<sup>491</sup>. De plus, ce savoir faire doit être aussi « identifié », sous une forme écrite et

---

<sup>490</sup> Il faut souligner que cette définition du savoir faire a été reprise par le règlement communautaire du 22 décembre 1999.

<sup>491</sup> Voir le Règlement CE du 22 décembre 1999.

décrit d'une façon convenablement complète, pour permettre ainsi de s'assurer du fait qu'il répond à toutes les conditions de secret et de substantialité.

Par ailleurs, la description de ce savoir faire n'apparaît pas nécessairement dans le contrat de franchise, parce que ce serait trop long et d'ailleurs tel n'est pas l'objet du contrat de franchise, qui constitue un cadre relationnel et non seulement un simple exposé précis du contenu des savoirs faire à mettre en application. Dans la plupart des cas, le franchiseur donne au futur candidat franchisé, dès la conclusion du contrat de franchise, un manuel d'instruction général, appelé dans le jargon de la franchise : « *Bible* ».

Enfin, si le savoir faire n'a pas de définition légale en droit national, il n'en demeure pas moins protégé. En effet, son non respect provoque la mise en cause de la responsabilité de ses auteurs, ainsi que la mise en application de condamnations. C'est pourquoi, le savoir-faire ne pourra être transmis qu'avec les précautions qui s'imposent. Le franchiseur doit communiquer son savoir faire au franchisé au moment de la formation du contrat et aussi tout au long de son exécution, car ce savoir faire a un caractère évolutif et dynamique.

## Conclusion Générale de la Première Partie

Comme on a pu constater, ce premier titre a été composé de deux parties : la première a été consacrée au contrat de franchise et ses conditions de formation et la deuxième partie est relative à la délimitation de la notion du savoir faire.

Le contrat de franchise ainsi étudié dans la première partie nous a permis de constater qu'en l'absence de définition légale de la franchise, la jurisprudence l'a définie comme étant une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connu, de sigles, symboles, marques de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées<sup>492</sup>.

De surcroit, le droit communautaire à lui aussi mis sa contribution pour définir la franchise. Ainsi, il résulte du Code de déontologie européen, que la franchise : *« est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes , le franchiseur et ses franchisés, dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou le service, le savoir-faire, les méthodes commerciales et techniques, les procédures et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport*

---

<sup>492</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 28 avril 1978.

*continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet »<sup>493</sup>.*

Diverses définitions ont donc été proposées par la jurisprudence ou la pratique. De ces définitions, on a déduit que le contrat de franchise lie deux entreprises indépendantes qui collaborent, et par lequel : « *le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter un réseau en conformité avec le concept du franchiseur* ».

Aussi, à partir de ces définitions, on a pu dégager un certains nombres d'éléments nécessaires à la conclusion d'un contrat de franchise, comme par exemple les éléments relatifs à la mise à disposition par le franchiseur au franchisé d'une enseigne et de signes de ralliement de la clientèle, la transmission du franchiseur au franchisé d'un savoir faire et d'une assistance continue...etc. on a également constaté que ces définitions insistent sur la situation spécifique qu'elle provoque entre les différentes parties au contrat de franchise, à savoir la situation de l'indépendance juridique et financière d'une part, et d'autre part, l'interdépendance économique, avec néanmoins l'obligation d'appliquer strictement le concept pour le franchisé et la possibilité pour le franchiseur de s'assurer de l'exécution du contrat.

On a également constaté que le contrat de franchise se distingue spécifiquement des autres contrats voisins, par rapport au concept du savoir faire, qui lui accorde un certains nombres d'avantages très spécifiques. Cependant, la franchise se différencie des autres contrats par certains privilèges qu'elle procure aux parties, puisque d'une part, le concédant, à la différence du franchiseur, ne transmet aucun savoir faire au concessionnaire et d'autre part, l'exclusivité territoriale est un élément essentiel du contrat de concession et non pas de la franchise où elle n'est qu'une faculté.

En plus, cette notion de franchise sert à de multiples applications qui se différencient les unes des autres soit selon leurs objets et leurs secteurs d'activité, à savoir la franchise industrielle ou de production, la franchise de distribution des produits, la franchise

---

<sup>493</sup> Code de la déontologie européen, dans la partie consacrée à la définition de la franchise.

de service, la franchise de comptoir et la franchise financière, ou soit selon leurs structures qui impliquent une organisation très particulière, à savoir la franchise dite « *mixte* » et la franchise « *pur* ».

Ainsi, pour qu'un contrat puisse se former valablement, il faut que les parties aient donné un consentement libre et éclairé au moment de sa signature. Cette exigence est d'autant plus importante que la franchise est un contrat d'adhésion dont le contenu est prédéterminé par le franchiseur. Bien souvent, les franchiseurs font espérer aux futurs franchisés de très bons résultats. La réalité est souvent différente et beaucoup de franchisés ont ainsi été ruinés pour s'être engagés à vendre des produits ou concepts qui n'étaient en réalité pas novateurs.

L'objectif étant d'éviter de tels abus et de favoriser l'information précontractuelle du franchisé explique la loi *Doubin*, codifiée à l'article L.330-3 du Code de commerce, qui ait établi une obligation préalable d'information à la charge du franchiseur. Le contrat de franchise doit également respecter les conditions de formation des contrats exigées par le Code civil : il doit avoir une cause licite et réelle qui s'entend comme l'exigence de contrepartie aux obligations du franchisé, ainsi qu'un objet déterminé.

Dans le deuxième chapitre de notre étude, on a essayé d'appréhender la notion du savoir faire, abrégé de « *know how* », qui est née il y a quelques années aux Etats Unis, est apparue pour désigner des informations techniques non brevetées complémentaires à des inventions brevetées. La traduction de *know how* par savoir faire a été admise, comme on a vu, avec beaucoup de réticences, mais consacrée néanmoins par un arrêté du 26 Mai 1970 et un arrêt du 12 janvier 1973. Ainsi, ce savoir faire peut se définir comme étant : « *un ensemble de connaissances et d'expériences directement applicables dans la pratique et servant à une exploitation industrielle* ».

En outre, d'autres droits communautaires et internationaux ont défini le savoir faire comme étant : « l'ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans sa configuration et

l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; « identifié » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité»<sup>494</sup>.

On pourra en déduire que ce concept de savoir faire ayant pour objectif de réitérer une réussite commerciale. Il doit ainsi être «*pratique*» et «*substantielle*». Les réseaux de franchise pilotes donnent, à cet égard, un exemple tangible qui facilite l'intégration du futur candidat franchisé, tout en lui permettant de s'accoutumer avec le savoir-faire proposé. Dans ce cadre, l'expression de «*connaissances techniques*» utilisé par des auteurs comme G. Bras Miranda, mis le point plus sur une approche réductrice, que sur une approche clarificatrice de la notion du savoir-faire, dès lors que ces «*connaissances*» peuvent ne pas être des connaissances technique<sup>495</sup>.

De surcroit, le savoir faire doit être «*original*» et «*spécifique*», ce qui exige par conséquent beaucoup de confidentialité et du secret. Il doit ainsi correspondre à une «*valeur commerciale*», puisqu'elle doit se concrétiser par la fourniture d'un avantage économique au profit de celui qui le détient. Autrement dit, l'obligation du franchiseur correspondant à la transmission du savoir faire, serait sans signification, si cette connaissance serait à la portée de tout le monde.

Mais, il faut souligner ici que le secret est ici relatif, dans la mesure où certains éléments pris individuellement peuvent être connus de tout le monde, tel est le cas par exemple de la connaissance par certains professionnels de certains éléments séparés, qui n'affecte sûrement pas son originalité<sup>496</sup>. Ainsi, ce qui importe, selon P. Bessis, c'est

---

<sup>494</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 1<sup>er</sup> de du Règlement CEE du 22 décembre 1999.

<sup>495</sup> A ce propos, voir par exemple le « Guide sur les accords internationaux de franchise principale », Rome, Unidroit, 2000, note 10, p. 131.

<sup>496</sup> Voir l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon, le 10 oct. 1990, *Juris-Data*, n° 0048285.

l'originalité de leur assemblage. C'est également, ce mélange original et spécifique qui est « secret »<sup>497</sup>.

De plus, ce savoir-faire doit être « *identifié* ». L'examen et l'étude des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du règlement CEE de 1999, impose l'existence d'un formalisme indispensable au respect de cette identification du concept du savoir faire, qui se concrétise, en pratique, par des supports matériels prévus à cet égard. Cette obligation se justifie par deux aspects: d'une part, « cette obligation qui impose un certain formalisme est la démonstration, dans chaque contrat de franchise, de la transmissibilité du savoir-faire »<sup>498</sup>, ce qui permettrait, par la même occasion au futur candidat franchisé de s'engager en toute connaissance de cause<sup>499</sup>.

D'autre part, un savoir-faire « *identifiée* », peut être le moyen de preuve le plus efficace, pour éventuellement prouver l'existence du savoir-faire et sa transmission au futur candidat franchisé et donc par conséquent la preuve de l'existence d'un contrat de franchise. Dans un tel contexte et conformément aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de ce Règlement CEE de 1999, « *si le franchisé se trouverait à contester la réalité du savoir-faire du franchiseur, il lui appartiendra alors, de prouver que ce savoir-faire ne présente aucune originalité, spécificité et expérimentation* »<sup>500</sup>.

Ces connaissances incluses dans le savoir faire suscitent une attention importante en raison de leurs intérêts économiques. Ainsi, selon Jean-Marc Mousseron : « *la valeur du know how est attestée par le fait que chaque année des millions de dollars sont payés pour en acquérir l'usage* », et selon M.Panel , « *les portefeuilles de brevets ne sont pour les sociétés qu'un élément mineur de leurs droits de propriété industrielle, l'élément majeur étant leur know how* ». Le régime du secret s'oppose au régime du brevet dans la mesure où le contenu d'une demande de brevet est publié.

---

<sup>497</sup> P. Bessis, « Le contrat de franchise: notions actuelles et apport du droit européen », *éd. rev. Et corr.*, Paris, *LGDJ*, 1990, note 101, p. 32.

<sup>498</sup> J.M. Leloup, *op.cit.*, note 41, p. 34.

<sup>499</sup> *Ibid.*

<sup>500</sup> Article 1<sup>er</sup> du Règlement CEE n°2790/1999 du 22 décembre 1999.



La question du statut juridique de l'information confidentielle d'application économique dénommée savoir faire est d'actualité, puisque liée au développement des technologies modernes. Nous entrons dans l'ère du marché des communications et de l'information. L'accroissement de leur volume et de leur fluidité entraîne une multiplication des risques d'atteintes portées au savoir faire.

En effet, les concurrents toujours à l'affût d'une nouvelle information sont tentés de la piller. On comprend dès lors le souci du titulaire de se réserver son savoir faire, d'en obtenir la maîtrise de son exploitation et de sa commercialisation. La protection de l'information confidentielle ne se conçoit que dans les pays d'économie libérale. Placées en situation de libre concurrence, les entreprises ne parviennent à maintenir leur compétitivité que par la mise en œuvre de nouvelles technologies de production ou de gestion, par l'amélioration du savoir faire et la sauvegarde de l'exclusivité de ces dernières.

Dans un système économique où l'immatériel prend une importance majeure, il est nécessaire d'élaborer les outils juridiques et techniques pour capitaliser et gérer ces actifs. Une conférence du *C.N.C.P.I* (Centre national des conseils en propriété intellectuelle), qui a eu lieu en Septembre 1997 au *CNIT* autour des sujets « nouveaux instruments juridiques et nouvelles stratégies de protection de la propriété intellectuelle » a mis l'accent sur l'innovation, le savoir faire, la technologie : actifs constituant la valeur des produits et services de l'entreprise. Celle-ci doit en permanence innover et savoir protéger ses inventions à l'échelle nationale, européenne et mondiale. Il y a lieu d'examiner dès à présent la question de l'exécution du contrat de franchise (**Partie II**).

**DEUXIÈME PARTIE**  
**L'EXÉCUTION ET L'EXTINCTION DU CONTRAT DE**  
**FRANCHISE**

- **CHAPITRE I : Les obligations du franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise.**
- **CHAPITRE II : Les obligations du franchisé et l'extinction du contrat de franchise.**

## DEUXIEME PARTIE :

### L'exécution et l'extinction du contrat de franchise.

J.M. Leloup définit la franchise comme étant : « *un 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 des signes de ralliement de sa 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 raisonnables* »<sup>501</sup>.

Ainsi, la franchise est caractérisée par le droit pour le franchisé d'utiliser une enseigne, un nom commercial ou une marque, et par la communication au franchisé d'un savoir faire, qui doit lui accorder une prérogative concurrentielle et une assistance technique qui lui permet ainsi d'appliquer convenablement ce savoir-faire.

D'ailleurs, ces différents éléments sont repris dans le règlement communautaire d'exemption n°4087/88 du 30 novembre 1988<sup>502</sup>, qui prévoit un certains nombres de dispositions, dont la mention qui concerne les parties au contrat de franchise, qui peuvent être soit des personnes physiques ou des personnes morales. Mais, n'empêche que pour des raisons de regroupement de capitaux et de prolongement accru dans l'action, le franchiseur est presque toujours une personne morale. Ces mêmes considérations commandent la forme adoptée par les franchisés, qui en plus des franchiseurs, peuvent être françaises ou étrangères. Pour l'essentiel, les obligations des parties sont fixées par le contrat de franchise. Pour l'établir, les différentes parties au contrat de franchise peuvent se retourner vers différents dispositions extra-légales, qui n'ont qu'une valeur mobilisatrice.

---

<sup>501</sup> J. M. Leloup, « La franchise », *Delmas*, 3<sup>ème</sup> éd.2000.

<sup>502</sup> Ce Règlement est relatif à l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise, *JOCE* L.359, 28 déc. 1988.

En droit communautaire, les différentes institutions européennes ont été sur le même état d'esprit que le règlement du 30 novembre 1988, en instaurant un cadre juridique qui constitue une importante source pour tous les opérateurs de la franchise dans les différents pays Européens. Ce règlement fixe les obligations du franchiseur et celles du candidat franchisé<sup>503</sup>.

Néanmoins, il ne s'agit pas d'une réglementation d'ensemble, mais uniquement de réserves à prendre en considération, pour que le contrat de franchise ne soit pas envisagé comme ayant des effets anticoncurrentiels<sup>504</sup>. En outre, ce règlement a été complété par un nouveau règlement d'exemption n°2790/1999 du 22 décembre 1999, publié par la Commission européenne le 29 décembre 1999, « applicable à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées »<sup>505</sup>. Sa portée est exprimée par « des lignes directrices », ayant pour objectif d'aider les entreprises et les sociétés à réaliser leur propre appréciation<sup>506</sup>.

En droit interne, la réglementation légale du contrat de franchise est presque inexistante. Mais, il existe simplement l'article L.330-3 du Code de commerce, issu de la loi du 31 décembre 1989, qui oblige le franchiseur à communiquer au candidat franchisé, au moins vingt jours à l'avance un document d'information (communément appelé « *DIP* ») et un projet de contrat<sup>507</sup>. Elle lui interdit de percevoir un droit d'entrée avant l'expiration de ce délai<sup>508</sup>. L'ignorance de ces règles semble sanctionnée par une présomption de vice du consentement et par le droit d'obtenir le remboursement de la somme versée prématurément. Cette réglementation ne s'applique qu'aux franchises assorties d'une exclusivité à la charge du franchisé.

---

<sup>503</sup> Règl. Comm., *précité supra*, note n°2.

<sup>504</sup> H. Guyon, « *Droit des affaires* », *Economica*, t.1, 11e éd., 2001.

<sup>505</sup> Ce règlement est relatif à l'application de l'art. 81§3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* L.336, 29 déc. 1999.

<sup>506</sup> P. Arhel, « *Les lignes directrices sur les restrictions verticales* », *JCP éd. E 2000*, p.1174.

<sup>507</sup> L. n°89-1008, 31 déc. 1989, art. 1<sup>er</sup>, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, devenu *C. com.*, art. L.330-3.

<sup>508</sup> D. n°91-337 du 4 avr. 1991, portant application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre. 1989 relatives au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, *JO* 6 avr. et rect. 4 mai 1991.

De surcroît, l'article 1102 du Code civil prévoit que : « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »<sup>509</sup>. Ainsi, le contrat de franchise crée des obligations à la charge de chaque une des deux parties au contrat de franchise, tant à l'égard du franchiseur (**Premier Chapitre**), qu'à l'égard du candidat franchisé, que le non respect de ces obligations entraînera l'extinction du contrat de franchise qui lie ces deux parties (**Deuxième Chapitre**).

---

<sup>509</sup> Article 1102 du Code civil.

## **Chapitre Premier :**

### **Les obligations du franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise**

L'établissement d'un rapport contractuel entre un franchiseur et un franchisé dans le cadre d'un contrat de franchise suppose de la part du franchiseur des engagements formels et d'autres facultatives qui dépendent de la nature du contrat. Les obligations du franchiseur débutent tout d'abord, lors de la conclusion du contrat de franchise et continuent ensuite, tout au long de ce rapport contractuel.

Ainsi, le franchiseur qui désire conclure un contrat avec un futur candidat franchisé, est obligé de se plier à des obligations formelles, en amont de la signature et tout au long du contrat de franchise. De plus, ces obligations en amont de la signature du contrat sont régies par la loi Doubin depuis 1992, qui impose l'existence d'un Document d'Information Précontractuelle (*DIP*) entre le franchiseur et le franchisé.

Ainsi, conformément aux dispositions de ce document (*DIP*), le franchiseur est obligé, avant toute signature de contrat de franchise, de remettre au franchisé vingt-et-un jours minimum avant la date précise de signature du contrat, un document comportant des informations spécifiques et inhérentes au contrat de franchise. Ces informations sont très encadrées et codifiées. Ce document doit notamment faire figurer l'adresse du siège et la nature des activités de l'entreprise, les principales domiciliations bancaires, le numéro du registre du commerce ou de la chambre des métiers, la date du dépôt de la marque exploitée et la durée de sa protection.

Par ailleurs, à toutes ces informations de base s'ajoutent bien évidemment un rapport sur plusieurs années rappelant le développement de la franchise, le détail de l'activité des franchises existantes, le profil des principaux dirigeants. En outre, ce document doit également dévoiler les clauses matérielles de la future coopération entre le franchiseur et le franchisé et surtout il doit indiquer le montant des financements prévisibles lors de la création de ce nouveau réseau de franchise.

De surcroît, ce document appelé *DIP* doit notifier les modalités prévues pour un éventuel renouvellement de contrat de franchise et bien sûr, sa durée. Par ailleurs, tous les articles de ce *document* doivent être bien précis et calculés, car ils engagent le franchiseur et le franchisé aux yeux de la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier le 12 avril 2011, il a été décidé que : « *la reconnaissance écrite par le franchisé de la remise d'un DIP visé par les textes, confirmée par un engagement de confidentialité, prouve suffisamment le respect des prescriptions légales* »<sup>510</sup>.

En effet, lorsque les différentes parties au contrat de franchise se mettent d'accord sur toutes les clauses de ce *DIP*, le contrat de franchise proprement dit peut être conclu, ce qui implique forcément d'autres obligations pour le franchiseur. Tout d'abord, la première de ces obligations rassemble les obligations essentielles du contrat de franchise, qui participent à la réitération de la réussite du franchiseur, et dont l'absence entraîne la disqualification du contrat ou sa nullité (**Section I**). Ensuite, la seconde désigne celles dont l'existence n'est toujours pas obligatoire à la qualification de contrat de franchise, mais qui en pratique, se rencontrent assez souvent dans ce type de contrats (**Section II**).

## **Section I : Les principales obligations du franchiseur**

Le fait que le contrat de franchise soit issu de la pratique, implique qu'il n'existe aucune réglementation spécifique à son sujet. Ce contrat de franchise doit seulement respecter le droit général des obligations. Mais, malgré cela, il est tout à fait possible de dégager quelques caractéristiques très spécifiques relatif au franchiseur. En effet, c'est le franchiseur qui concède un droit d'utilisation d'un ou plusieurs de ses signes distinctifs et de son savoir-faire. Par ailleurs, le contrat de franchise doit refléter la volonté du franchiseur de s'engager dans le réseau qu'il constitue. A cet effet, plusieurs obligations lui incombent, mis à part l'indispensable obligation d'information précontractuelle (**Paragraphe I**), il existe d'autres obligations à propos desquelles il faudra faire la distinction entre les obligations spécifiques, relatives à la transmission des techniques commerciales (**Paragraphe II**), et celles non-spécifiques, relatives à l'image du réseau (**Paragraphe III**).

---

<sup>510</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, le 12 avril 2011, RG, n°09-07385

## **Paragraphe I :**

### **L'obligation d'information précontractuelle**

Cette obligation d'information précontractuelle implique que chaque une des parties au contrat de franchise, doit fournir à l'autre, toutes les informations utiles sur l'opération de franchise. Cette attitude exige une clarification de la portée des obligations respectives des parties au contrat. Elle doit permettre aux cocontractants de réaliser la portée et la nature de leurs engagements. Ainsi, si cette obligation s'avère plus exigeante vis-à-vis du franchiseur, c'est parce qu'il représente généralement une partie ayant une présomption de connaissances techniques ou spécifiques liées au réseau de franchise.

Par ailleurs, cette obligation d'information précontractuelle est au centre des intérêts du droit commun des contrats, elle n'a de portée réelle que si la particularité du lien contractuel est soulignée : le juge civiliste prend en considération l'ignorance du « *profane* », selon Ph. Le Tourneau<sup>511</sup>. En effet, cette information est censée permettre à ce dernier de contracter en parfaite connaissance de cause. Dans le contrat de franchise, la procédure suivie par le juge semble aller plus loin, donnant ainsi une extension concrète à la notion de loyauté, à travers l'obligation d'information précontractuelle. Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir quel est l'objet de cette obligation d'information précontractuelle ?

Cette obligation d'information précontractuelle doit, selon la jurisprudence, circuler entre les différentes parties au contrat toutes les fois que l'intérêt du contractant l'impose. L'obligation d'information précontractuelle portera également sur l'objet et les conditions d'exécution du contrat de franchise.

L'obligation d'information qui porte sur l'objet du contrat de franchise permet au contractant préalablement à son engagement d'avoir un consentement clair. En outre, la jurisprudence impose à celui des cocontractants qui possède une information, sur un fait pertinent, susceptible d'influencer, le consentement de l'autre, de la lui transmettre afin que son consentement ne soit pas vicié.

---

<sup>511</sup>Ph. Le Tourneau, « Bonne foi », *Rep. Civ. Dalloz*, 1995, n° 31.



Cette obligation existe aussi bien entre particuliers qu'entre professionnels, quand bien même ils seraient de la même spécialité en application d'un principe de nécessaire confiance mutuelle entre cocontractants. La jurisprudence en sus du devoir d'information, a consacré un devoir de conseil qui s'imposera surtout dans les relations entre vendeur professionnel et profane »<sup>512</sup>. Ainsi, il appartient désormais au franchiseur qui est le débiteur de l'obligation d'information précontractuelle, de s'enquérir des exigences de son associé, pour l'aiguiller dans ses choix, en lui délivrant des données bien précises et pertinentes, de nature à éclairer son consentement, dans le cadre de son engagement dans un contrat de franchise.

Ainsi, cette obligation a pour objectif principal de permettre aux différentes parties à un contrat de franchise de s'engager en toute connaissance de cause. Dans ce cadre, l'obligation d'information précontractuelle paraît comme étant la méthode la plus efficace pour atteindre un niveau très élevé de transparence attendu par les différentes parties au contrat de franchise.

Par ailleurs, cette obligation permet de donner plus de protection aux différentes parties au contrat de franchise et surtout au franchisé, dans le sens où c'est le franchiseur qui est à même d'évaluer les compétences et les capacités d'intégration dans son réseau de franchise de tout nouveau candidat franchisé potentiel.

Dans ce cadre, on va étudier dans un premier temps les différentes législations interne (**Sous-Paragraphe 1**), communautaire et internationale (**Sous-Paragraphe 2**), relatives à cette obligation d'information précontractuelle, pour pouvoir passer par la suite à l'étude du contenu de cette obligation (**Sous-Paragraphe 3**).

### ***Sous-Paragraphe 1 : L'obligation d'information en droit interne.***

En droit interne français, le législateur a décidé d'intervenir dans le cadre du contrat de franchise, parce qu'en premier lieu ce genre de contrat est censé être conclu entre des parties de puissance inégale et parce que, en deuxième lieu, en raison d'abus commis par

---

<sup>512</sup>Cass. Com 1<sup>er</sup> décembre 1992 et 4 janvier 2005

certain franchiseurs et sous l'influence conjuguée, d'une part, de la consécration de l'obligation d'information par certains instruments de « droit souple »<sup>513</sup> et, d'autre part, des réticences de la jurisprudence de retenir une obligation d'information au bénéfice du distributeur, comme c'était le cas dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 février 1986<sup>514</sup>, où après que le candidat franchisé ait longtemps enduré et supporté une jurisprudence qui mettait à sa charge, du seul fait de sa qualité de professionnel, un devoir de se renseigner<sup>515</sup>, le législateur a décidé de corriger le déséquilibre contractuel ainsi créé, en introduisant, par la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, l'obligation précontractuelle d'information, consacrée à l'article L. 330-3 du Code de commerce, qui devrait ainsi protéger le franchisé contre d'éventuelles engagements inconsidérés<sup>516</sup>. Ces informations données au franchisé doivent être, selon un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 11 février 2003, « sincères », qu'elles soient imposées par les textes ou communiquées de façon volontaire<sup>517</sup>.

Ainsi, la loi *Doubin* a consacré l'obligation précontractuelle de renseignement dans son article 1<sup>er</sup>, devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce, qui exige une obligation d'information préalable à la conclusion de certains contrats, dès lors qu'ils comportent un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Ainsi, dans un arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Paris le 3 novembre 1992, il a été décidé que : « *le contrat d'assistance commerciale par lequel un fournisseur met à la disposition d'un distributeur des produits de sa marque moyennant l'obligation pour ce dernier de faire figurer la marque sur la porte de sa boutique de façon visible, mais sans aucune obligation d'exclusivité, n'est pas soumis à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1989* »<sup>518</sup>.

---

<sup>513</sup> C'est le cas par exemple des Codes de déontologie français et européen de la franchise, des normes AFNOR Z 20000...etc.

<sup>514</sup> Cass. com., 25 févr. 1986, Turco, *Bull. civ.* IV n° 33, p.28 ; *RTD.civ.* 1987, p.85, obs. J. Mestre; *RTD.civ.* 1987, p. 287, p. 246, obs. J. Hemard ; Com. 10 février 1987 Couturier, *Bull. civ.* IV, n° 41, p. 31 ; *JCP.* 1988, éd. G., II, 20995.

<sup>515</sup> Dans ce cadre, pour les contrats signés entre le 3 janvier 1990, date de la publication de la loi Doubin au Journal officiel et le 6 avril 1991, date de la publication du décret au Journal officiel, les franchiseurs n'étaient tenus que de respecter les dispositions légales.

<sup>516</sup> Pour les contrats signés depuis le 6 avril 1991, les franchiseurs sont tenus de fournir aux candidats franchisés toutes les informations précisées aux articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce.

<sup>517</sup> Cass, Com, 11 février 2003.

<sup>518</sup> Arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Paris, le 3 novembre 1992, *JCP* 1993. IV. 493.

La portée de cet arrêt est confirmé quelques années plus tard, dans un arrêt rendu cette fois-ci par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 février 2004, dans lequel la Cour de cassation s'est mis d'accord avec le jugement rendu en appel, en considérant que : « *d'une part, qu'ayant relevé que les relations commerciales entre les parties s'étaient déroulées sur une période de dix ans avec un courant d'affaires en croissance constante et concernant des produits spécifiques portant la marque « Devred », que la société Devred avait cessé à compter du 16 octobre 1996, de s'approvisionner auprès de la société Ober qui était devenue son fournisseur exclusif en « jeans » en l'absence de tout préavis écrit, la cour d'appel en a justement déduit que la société Devred avait commis une faute* »<sup>519</sup>. L'exclusivité ou la quasi-exclusivité s'apprécie au regard non pas de l'ensemble de l'activité du distributeur, mais seulement des produits couverts par la convention liant les parties.

Ainsi, un distributeur autorisé à exercer une activité non-concurrente sera néanmoins en droit d'imposer une information précontractuelle s'il est soumis à une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour les produits contractuels. En l'espèce, une société a cédé à une autre un fonds de commerce de négoce de bateaux et matériels nautiques. La première société avait conclu un contrat de concession avec une autre société concédante. Par un avenant au contrat de concession, la société concédante, a agréé la société acquérante en qualité de nouveau concessionnaire. Soutenant que la société concessionnaire avait manqué à ses obligations contractuelles, la société concédante lui a notifié la résiliation du contrat. Invoquant que le concédant n'avait pas respecté l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce, la société concessionnaire et ses associés l'ont fait assigner en dommages-intérêts.

Pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que : « *l'obligation d'information précontractuelle, édictée par l'article L. 330-3 du Code de commerce, s'impose au concédant avant la conclusion du contrat de concession et non lors d'une cession d'un contrat en cours, entre concédants prédécesseur et successeur* »<sup>520</sup>.

---

<sup>519</sup> Cass. corn., 17 mars 2004, *lettre distrib.*, juin 2004, p. 2.

<sup>520</sup> Cette décision a été rendue par la Cour d'appel de Poitiers le 11 janvier 2011.

La société concessionnaire se pourvoit alors en cassation. Par un arrêt du 21 février 2012 la Cour de cassation casse cette décision, en estimant qu' : « *en statuant ainsi, alors que la société Chantiers Bénéteau avait agréé la société Y... en qualité de nouveau concessionnaire et qu'une telle modification du contrat initial imposait que le concédant fournisse à son nouveau cocontractant les informations lui permettant de s'engager en connaissance de cause à exécuter le contrat de concession, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »<sup>521</sup>.

Par ailleurs, la loi *Doubin* ne s'applique pas spécifiquement au contrat de franchise et ne le régit que pour autant qu'il comporte une clause d'exclusivité. Le décret d'application n° 91-337 du 4 avril 1991, précise les informations que le franchiseur doit fournir. Ce texte est désormais intégré dans la partie réglementaire du Code de commerce à l'article R.330-1.

En outre, la promulgation de cette loi vise à clarifier, en s'inspirant des travaux menés par les professionnels eux-mêmes, les conditions dans lesquelles sont passés les contrats de franchise entre franchiseurs et franchisés, afin que la variation des forces en présence ne conduise pas à des contrats abusifs, qui peuvent être les sources d'éventuelles perturbation et de contestations ultérieures».

Il faut souligner que l'information est due au franchisé par le franchiseur<sup>522</sup>, voire même, par le franchisé cédant son contrat à un autre franchisé. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Metz, le 23 septembre 2008, la Cour a décidé que : « *si l'article L. 330-3*<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> Arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 février 2012.

<sup>522</sup> Il faut souligner ici que cette obligation d'information précontractuelle doit être respectée pour toute reconduction du contrat, même si cette reconduction est tacite et ceux conformément à un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 14 janvier 2003.

<sup>523</sup> Cet article prévoit que : « « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l' autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

(...) s'applique au premier chef du franchiseur, il s'applique également au cédant, en cas de cession du contrat de franchise, en ce qui concerne les caractéristiques et documents comptables propres à l'activité qu'il cède »<sup>524</sup>.

De surcroît, selon N. Dissaux : « l'article L. 330-3 du Code de commerce semble (...) avoir gelé la liste des informations dûes au franchisé »<sup>525</sup>. C'est en effet un gage de sécurité pour le franchisé, encore que toutes les informations délivrées par le franchiseur au franchisé, au-delà de ce qu'exige la loi *Doubin* doivent l'être sincèrement<sup>526</sup>. Mais, qu'en pense-t-il le législateur communautaire et international (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### ***Sous-Paragraphe 2 : L'obligation d'information en droit européen et international.***

Au niveau européen et international, des obligations semblables à la loi *Doubin* existent. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 3 al.3 du Code de déontologie européen de la franchise<sup>527</sup>, les franchisés devront avoir : « toutes informations écrites pertinentes pour la relation », et ceux dans un délai raisonnable avant la signature du contrat définitif. En outre, toute entreprise membre d'une Fédération Nationale et Européenne de la Franchise, doit donc se conformer à ces prescriptions communautaire.

Ainsi, en droit espagnol, le régime de la franchise est régi par le chapitre VI du titre III de la loi n° 7/1996 du 15 janvier 1996 dite de « réglementation du commerce de détail », chapitre intitulé de « l'activité commerciale en régime de franchise », et composé du seul article 62. Ainsi, l'article 62 al. 1<sup>er</sup> de la loi espagnole susvisée du 15 janvier 1996 définit la franchise comme étant : « l'activité commerciale qui est mise en œuvre en vertu d'un accord ou contrat par lequel une entreprise, appelée « franquiciadora » ou franchiseuse, cède à une

---

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent».

<sup>524</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Metz, le 23 septembre 2008, *JurisData* n° 2008-371948.

<sup>525</sup> N. Dissaux, « L'information précontractuelle du franchisé: un joyeux anniversaire? », *JCP* 2010, p. 236, n°5.

<sup>526</sup> Conformément aux dispositions de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 11 février 2003.

<sup>527</sup> Il faut souligner que ce Code de déontologie européen de la franchise a été élaboré par la Fédération Européenne de la Franchise en 1972 et remis à jour en 2003

*autre entreprise, appelée « franquiciada » ou franchisée, le droit d'exploitation d'un système propre de commercialisation de produits ou services ».*

En outre, dans son alinéa 3, cet article 62 pose le principe d'une obligation d'information précontractuelle à la charge du franchiseur, analogue à celle prévue par la loi *Doubin*. De façon plus originale, il envisage en outre la possibilité pour les « administrations compétentes » d'établir des registres sur lesquels, devra s'inscrire toute personne physique ou morale qui envisage de développer un réseau de franchise dans le pays.

Ainsi, il s'agit pour le législateur espagnol, confronté à l'important développement de la franchise dans le pays, de faire face à bien des excès résultant dans la pratique, de l'absence de régime juridique spécifique à la franchise. Ainsi, à travers cette loi, le législateur espagnol cherche non seulement à établir des règles précises dans le domaine de la franchise en réglementant de nouvelles formules contractuelles, mais encore à moderniser les structures commerciales du pays en « contribuant à corriger les déséquilibres et défaillances entre les grandes et les petites structures commerciales, et, surtout, à préserver une concurrence loyale, au bénéfice des consommateurs espagnols.

Un décret d'application, le « *Real Decreto* » décret royal n° 2485/1998 du 13 novembre 1998, a développé les deux principes ainsi énoncés par la loi à savoir, l'obligation d'inscription des franchiseurs sur un registre ad-hoc et l'obligation d'information précontractuelle.

Les mêmes dispositions existent également en droit italien, qui dans les articles 4 et 6 de la loi n°129/2004 imposent l'existence d'une information précontractuelle. D'ailleurs, cette loi italienne s'applique quelque soit la qualification donnée par les parties », mais, elle est toutefois susceptible de concerner d'autres contrats que la franchise, à partir du moment qu'ils présentent les caractéristiques requises<sup>528</sup>. En outre, le décret n° 204 de 2005 est relatif

---

<sup>528</sup> V. E. Tanzarella, « La nuova disciplina del franchising », *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 562.

aux obligations d'information à la charge du franchiseur qui opère à l'étranger et s'installe en Italie<sup>529</sup>.

En droit belge, avant l'adoption de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'obligation d'information précontractuelle, cette obligation découlait du devoir de bonne foi prévue par l'article 1134 du Code civil belge, l'inexécution de cette obligation précontractuelle étant sanctionnée par l'application de la théorie de *laculpa in contrahendo*, élaborée par R. Von Jhering, destinée à établir l'existence d'un lien précontractuel d'obligation sur la seule base de l'existence de négociations<sup>530</sup>.

Néanmoins, cette obligation d'information que l'on reconnaît plus particulièrement au franchiseur avait été nuancée, puisque la jurisprudence, dans un arrêt rendu par un Tribunal de commerce Belge précisait que : « *le franchisé devait, de son côté, prendre toutes les mesures nécessaires pour s'informer, il ne devait pas avoir une confiance aveugle en son partenaire* »<sup>531</sup>. Dans cette affaire, le franchisé n'avait pas pris la peine d'examiner la comptabilité des cédants du point de vente du franchisé. En outre, dans deux jugements rendus par le Tribunal de commerce de Liège, le 14 mai 2009, le Tribunal a prononcé la nullité de contrats de franchise pour non respect des obligations prévues aux articles 3 et 4 de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle. En l'espèce, le franchiseur n'avait fourni à ses candidats franchisés qu'un projet de contrat et non un document d'information précontractuelle contenant toutes les informations requises et énoncées dans l'article 4 de la loi. Le Tribunal constata en outre que les seuls documents produits n'informaient pas complètement le franchisé du mode de rémunération du franchiseur sur les livraisons faites au profit du franchisé<sup>532</sup>.

Désormais, le droit belge relatif à l'information précontractuelle exige un devoir d'information au franchiseur, pendant les négociations, afin d'équilibrer la pratique actuelle, qui cherche à faire de la franchise un contrat d'adhésion au détriment du franchisé, et de

---

<sup>529</sup> A. Venezia, « Il completamento della normativa italiana e di contratti internazionali di franchising », *I contratti*, 2006, p. 995.

<sup>530</sup> M. Pedamon, « Le contrat en droit allemand », *LGDJ*, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, pp. 33 et s.

<sup>531</sup> Trib. com. Mons, 31 octobre 1996.

<sup>532</sup> Jugements rendus par le Tribunal de commerce de Liège, le 14 mai 2009, *R.G. A/07/2525-2622* et *A/07/2524-2620*.

rééquilibrer ainsi les droits et obligations des parties au contrat. Ainsi, au moins un mois avant la conclusion du contrat, le franchiseur doit remettre au franchisé le projet d'accord, un document reprenant les dispositions contractuelles les plus importantes, et toutes les données qui lui permettront de faire une estimation correcte de la convention de collaboration commerciale<sup>533</sup>.

Cependant, le droit allemand, contrairement à ces homologues européens, ne prévoit pas proprement dire, une loi spéciale relative à la franchise ou plus spécialement à l'obligation d'information précontractuelle, d'où le rôle prépondérant et primordial que joue la jurisprudence en la matière. Il faut néanmoins souligner qu'à ce jour, la Cour fédérale de justice allemande ne s'est toujours pas prononcée sur cette problématique, mais, elle a laissé cette mission aux juridictions inférieures qui ont désormais la principale mission de donner des solutions et des réponses à cette question.

Dans la législation anglaise, il n'existe aucune obligation légale d'information précontractuelle imposée à l'égard du franchiseur. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu en 1878 par la Chambre des Lords anglaise<sup>534</sup>. En l'espèce, un commerçant avait vendu, « *avec tous leurs défauts* », des animaux (des cochons) au marché public. Alors qu'au moment de la finalisation de la vente, il avait connaissance du fait que ces animaux étaient infectés, mais il décide de ne pas en informer l'acheteur, qui intenta une action en justice, afin d'être dédommagé. La juridiction de premier degré le débouta de sa requête, tout comme la Haute Cour en appel, qui visait à savoir si l'exception de représentation influait dans ce cas précis, malgré l'existence d'une clause d'exonération.

La Haute Cour considéra alors, en se basant sur le fait que l'acheminement de ces animaux malades vers le marché public, constituait un délit pénal, que si en envoyant ses animaux au marché public, le commerçant avait pu déduire une représentation mensongère de la vérité, à savoir que ses animaux n'étaient pas malades, toute responsabilité qui pouvait être dégagée, avait été exclue par l'utilisation de l'expression : « *avec tous ses défauts* ». Ainsi, cet

---

<sup>533</sup> Il faut souligner qu'en cas de non-respect de la loi, la nullité du contrat de franchise pourra être demandée dans les deux ans de sa conclusion, par l'une des parties au contrat.

<sup>534</sup> Arrêt *Ward v Hobbs* de 1878, 4 App. Cas. 13.



arrêt est la preuve d'une atténuation, dans la législation anglaise du principe de « *caveat emptor* », selon lequel l'acquéreur n'accorde aucune garantie sur les marchandises et leurs qualités substantielles.

Par ailleurs, cet arrêt semble réaffirmer le principe de « *caveat emptor* » ou « *le rejet d'une obligation générale et précontractuelle de renseignement* », même s'il ne le cite pas explicitement, en déduisant à l'absence de responsabilité du commerçant. Ce principe général, dégagé de l'arrêt *Keates v Cadogan*<sup>535</sup>, s'explique par le fait qu'il n'y a pas d'obligation générale et précontractuelle d'information, imposant à une partie contractante de révéler des faits dont il aurait connaissance, contrairement à l'autre partie, et ce même s'il a connaissance du fait qu'un tel savoir empêcherait son cocontractant de s'engager. A l'inverse, chaque une des parties a non seulement l'obligation de s'informer par elle-même et par ses propres moyens, mais aussi d'exercer son jugement profond pour savoir si ou non elle doit s'engager, comme cela avait été affirmé dans l'arrêt *Smith v Hughes*<sup>536</sup>.

Néanmoins, aucune des parties au contrat n'a le devoir d'informer l'autre sur des éléments qui seraient, selon lui, censé l'influer dans sa démarche pour s'engager dans un rapport contractuel. Dès lors, cet arrêt indique que, dans la plupart des cas, ce principe est susceptible d'être appliqué. En même temps, il réaffirme ses limites à travers la confirmation de l'existence de l'exception dite de « *représentation mensongère des faits* » ou de « *misrepresentation claims* » et l'examen de preuve est censé permettre son utilisation en l'espèce. La réaffirmation de l'exception dite de « *représentation mensongère* » et le rappel de ses limites.

En effet, dans cet arrêt la Chambre des Lords a rappelé une des limites du principe selon lequel, en droit anglais, il n'y a pas d'obligation générale et précontractuelle de « *misrepresentation claims* » ou de « *représentation mensongère des faits* ». Ce principe avait été établi dans l'arrêt *Smith v Hugues*, dans lequel on s'interrogeait sur le fait s'il existait une déclaration ou représentation mensongère des faits, ou au moins des cas à partir desquelles

---

<sup>535</sup> Arrêt *Keates v Cadogan* de 1851, 10, C.B. 591.

<sup>536</sup> Arrêt *Smith v Hughes* de 1871, LR 6, QB 597.

une telle déclaration ou représentation mensongère puisse être déduite, la responsabilité du défendeur pourra être retenue.

Depuis lors, si au cours des pourparlers qui précèdent la phase contractuelle, l'une des parties au contrat fait, en toute connaissance de cause, une « *misrepresentation claims* », qui soit susceptible d'influencer le jugement d'une partie sérieuse qui voulait réellement s'engager, et si l'autre partie fait confiance et croit sérieusement aux propos de cette déclaration, cette autre partie est en droit de réclamer des dommages et intérêts, voire même la résiliation du contrat, dans le cas où celui-ci aurait déjà été conclu.

Ainsi, en droit anglais, c'est le futur candidat franchisé qui doit vérifier qu'il a formellement reçu toute l'information appropriée avant de s'engager dans le cadre d'un contrat de franchise. Par conséquent, le litige relatif à la franchise est en quasi-totalité lié aux « *misrepresentation claims* ». De ce fait, le franchiseur qui a parfois vocation à faire preuve d'habileté et d'optimisme dans sa présentation de la franchise, de telle manière que le candidat franchisé lui reprochera postérieurement d'avoir surévalué les gains et les profits issus de son réseau de franchise. Mais, reste que dans le quasi totalité des cas, la mauvaise information a trait aux profits attendus.

Par ailleurs, la notion de *misrepresentation*<sup>537</sup> exige que l'une des parties au contrat de franchise ait procédé à une « représentation » erronée, sur laquelle l'autre s'est appuyée, ayant pour conséquence de s'engager à son préjudice. La « *misrepresentation* » du fait du franchiseur donne lieu à des dommages-intérêts. Cependant, une action en « *misrepresentation* » contre le franchiseur est rarement couronnée de succès. Ainsi, dans l'espèce, le franchiseur a dû verser des dommages-intérêts au franchisé, car il l'avait mal renseigné sur les profits espérés. Le franchisé avait établi qu'il n'aurait pas conclu le contrat s'il avait disposé de la bonne information<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> Il faut souligner le fait que cette notion est issue de la jurisprudence anglaise.

<sup>538</sup> *Fallon v. Shell (U.K.) Ltd.*, [2000] High Court of Justice (Queen's Bench Division).

De surcroît, comme dans tout engagement de franchise classique, les obligations fondamentales des parties au contrat, existent dans le contrat de franchise international. Ainsi, pour le franchiseur, il s'agira des obligations relatives à la communication d'un savoir-faire formalisé dans des manuels d'utilisation et constamment remis à jour, l'octroi d'une licence des marques et autres signes distinctifs et la fourniture d'une assistance commerciale et technique au franchisé.

Ainsi, en matière de droit international, la question de la formalisation d'un contrat de franchise international, ne fait pas l'objet de règles uniformes, mais n'empêche que la pratique en la matière est tout de même aiguillée par des éléments organisationnels tels que le Code d'éthique du franchisage de l'Association Internationale du Franchisage (*IFA*), le Code de déontologie européen de la franchise. De surcroît, un certains nombres d'organismes internationaux, dont la Chambre de Commerce Internationale (*CCI*), ont instauré des exemplaires de contrats de franchise destinés à des opérateurs économiques, qui font éventuellement partie à une opération de franchise internationale<sup>539</sup>

Dans ce cadre, l'information précontractuelle en matière de franchise est régie, dans la législation américaine, par *l'Amended FTC Rule* qui habituellement s'applique sur toutes les régions américaines. Mais, *l'Amended FTC Rule* se distingue malgré tout du texte auquel elle s'est succédée, en ce qui concerne les franchises internationales, car elle exclue de son champ d'application les candidats franchisés installés dans les autres pays du monde, en considérant qu'ils sont soit de grands investisseurs, qui n'ont pas besoin de protection, soit des opérateurs étrangers avec des spécificités culturelles et juridiques très particulières et surtout très différentes de celles existants dans le pays, c'est-à-dire que ces particularités sont plus ou moins incompatible avec les spécificités que présentent les franchisés américains<sup>540</sup>.

Plus généralement, la *Federal Trade Commission Rule* a été adoptée par quelques États fédéraux dans leurs droits internes, qui imposent parfois des clauses plus détaillées au

---

<sup>539</sup> Le Modèle de la CCI de Contrat International de Franchise publié en septembre 2000 a pour vocation de couvrir les opérations de franchise internationale directe, c'est-à-dire conclues sans l'intermédiaire d'un master-franchisé.

<sup>540</sup> Conformément aux dispositions de l'article 16 du *Code of Federal Regulations*, dans la partie 436 al. 2, consacrée aux investisseurs étrangers.

profit du futur candidat franchisé, ce qui impose de s'assurer, au cas par cas de l'ampleur exacte des obligations imposées au franchiseur. Par ailleurs, la *Federal Trade Commission Rule* s'applique explicitement aux contrats de franchise, mais également à d'autres contrats de distribution et aux contrats de *business opportunities*<sup>541</sup>, à cause de la définition assez large du contrat de franchise qu'elle adopte. Les contrats de licence entrent ainsi dans son champ d'application<sup>542</sup>.

Enfin, le fait que la plupart des droits internes et internationaux, étudiés ci-dessus, promulguent une législation spécifique relative à l'obligation d'information précontractuelle, démontre que cette dernière procure un niveau de protection et de sécurité assez conséquent aux différentes parties à un contrat de franchise, de telle sorte que d'un côté, le franchiseur<sup>543</sup> délimite l'étendue précise des informations à fournir à son cocontractant pour éviter une éventuelle défaillance à l'égard de cette obligation d'information précontractuelle et d'éviter ainsi des sanctions prévues par la loi. De l'autre côté, le franchisé pourra être sûr de pouvoir bénéficier des informations nécessaires pour pouvoir s'engager en toute connaissance de cause, sans pour autant ignorer le contenu et l'étendue des informations qu'il a eu de la part du franchiseur (**Sous-Paragraphe 3**).

### ***Sous-Paragraphe 3 : Le contenu de l'obligation d'information précontractuelle***

Le Décret du 4 avril 1991 est venu préciser le contenu du document d'information précontractuelle. En effet, le franchiseur doit, pour exécuter son obligation, fournir un certains nombres d'informations précises, comme par exemple les informations relatives à son réseau de franchise, à l'état du marché et ses perspectives, ou sur le contrat lui-même et les engagements qu'il suscite. Ainsi, les informations fournies avec sincérité, autre exigence de la

---

<sup>541</sup> P. Zeidman, "Franchising and Other Methods of Distribution: Regulatory Pattern and Judicial Trends", *Corporate Law and Practice Series*, 2008.

<sup>542</sup> M. Miller, « Unintentional franchising », *St. Mary's L.J.*, 2005, vol. 36, p. 302.

<sup>543</sup> Il faut souligner que la jurisprudence affirme constamment, depuis l'affaire « *Société Ed le maraîcher* », datant du 10 février 1998, que : « *l'omission de l'information précontractuelle imposée par la loi du 31 décembre 1989 n'entraîne la nullité du contrat que si elle a eu pour effet de vicier le consentement du débiteur de l'exclusivité, vérification qu'il appartient aux juges du fond d'effectuer dans chaque espèce. Ainsi, la simple constatation d'une non conformité entre l'exécution de son obligation précontractuelle par le franchiseur et le dispositif légal ne permet pas, en l'absence de preuve d'un vice du consentement, d'emporter la nullité du contrat* », *Bull.civ. IV*, n° 252, p. 220 ; *Defr.* 1998, p. 733, obs. Ph. Delebecque ; *cont. conc. cons.* 1998, com. 55, note L. Leveneur ; *D.* 1998, somm. p. 334, obs. *D.*, Ferrier.

loi Doubin, devront être remis en mains propres au franchisé, avec éventuellement un projet de contrat de franchise. En effet, cette obligation d'information précontractuelle ne vaut que pour le franchiseur et a pour but de protéger la partie faible qu'est elle pèse sur la personne qui est le franchisé : elle pèse sur la personne qui met à disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne.

Ainsi, dans une affaire dans laquelle le franchiseur avait tenté de s'exonérer de son obligation d'information en dissociant la cession du fonds de commerce et le contrat d'enseigne conclu avec le franchisé, les juges du second degré ont déclaré que les deux contrats formaient un tout et que, s'agissant de relations de franchisage, le franchiseur ne saurait échapper à son obligation précontractuelle<sup>544</sup>.

Par ailleurs, cette obligation d'information précontractuelle, énoncée à l'article L.330-3 du Code de commerce, s'applique au contrat de franchise, dès lors que celui-ci comprend une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif<sup>545</sup>, qui porte selon l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 janvier 2010, non pas sur l'ensemble de l'activité commerciale, mais sur les produits couverts par la convention liant les parties<sup>546</sup>.

La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 22 mai 2008, a estimé que : « *cette obligation d'information précontractuelle, associée à l'article R.330-1 du Code de commerce, est d'interprétation stricte* ». Elle a décidé, à propos de la prévision de l'article R.330-1, 5° c du Code de commerce, que : « *l'obligation de communiquer au franchisé le nombre d'entreprises qui ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document, couvre non l'année civile précédente, mais bien une période de douze mois précédant la remise du document* »<sup>547</sup>.

---

<sup>544</sup> Toulouse, 2<sup>ème</sup> ch., 29 juin 2000, L. Vogel, « Droit de la distribution », *op. cit.*, n° 441 pp. 733-735.

<sup>545</sup> Il faut souligner ici que la loi française ne précise pas l'objet de cette exclusivité, mais, selon un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 1<sup>er</sup> février 2006, il s'agit d'une exclusivité d'«*activité*», Lettre distrib., septembre 2006, p.3.

<sup>546</sup> Cass. com., 19 janvier 2010, *JCP E*, 2010, 1348, 23, obs. Friede et Toulouse.

<sup>547</sup> Paris, 5<sup>ème</sup> Ch. Paris 22 mai 2008, *LPA* 4 décembre 2008, p. 22, n° 63.

Par ailleurs, cet article (L.330-3 du Code de commerce) prévoit également que le franchiseur doit communiquer un document d'information au franchisé au moins 20 jours avant la date de la conclusion du contrat. Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 13 juin 2007, a rappelé que : « *le terme du délai légalement fixé à vingt jours se situe bien à la signature du contrat et non à sa prise d'effet* »<sup>548</sup>. Néanmoins, cette information n'est obligatoire que lorsque le franchiseur - qui met à la disposition du franchisé un nom commercial, une marque ou une enseigne - exige de lui un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité qui justifie la protection<sup>549</sup>.

Les informations communiquées concernent le franchiseur, le futur point de vente, ou encore le réseau d'exploitants. Sur ce dernier point, une Cour d'appel a précisé que l'omission par le franchiseur de la mention dans le document précontractuel des magasins du réseau ayant fait l'objet de procédures collectives justifiait l'annulation du contrat de franchise<sup>550</sup>. Le franchiseur peut également fournir d'autres informations au franchisé, tels les comptes d'exploitation prévisionnels<sup>551</sup>.

Toutefois, la loi Doubin ne requiert pas une étude de marché, mais simplement une présentation de l'état et des perspectives de développement de celui-ci. Cette loi n'exige pas non plus la remise d'un compte d'exploitation prévisionnel ou d'une prévision de chiffre d'affaires. Pourtant, de tels documents sont fréquemment remis au franchisé par le franchiseur, ce qui se retourne contre lui en cas de procès avec un franchisé déçu par ses résultats.

Par ailleurs, la jurisprudence a dû préciser le contenu de l'obligation d'information. Selon le juge, le franchiseur n'est pas tenu de fournir une étude du marché local et il appartient au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise<sup>552</sup>.

---

<sup>548</sup> *Juris-data*, n° 356116 : *LPA*, 4 décembre 2008 no 243, p. 22 et s, n° 59.

<sup>549</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *Litec*, Paris, 5<sup>ème</sup> éd, n° 676, p. 309.

<sup>550</sup> Toulouse, 5 mars 2008, *Juris-Data* n° 365296 : *LPA* 4 décembre 2008, p. 22 et 5., n° 61.

<sup>551</sup> F.-L. Simon, « La formation du contrat de franchise », *LPA*, 9 novembre 2006, n° 224, p. 15.

<sup>552</sup> *Cah. Dr. Entr.* 2003, n° 5, p. 41, obs. Mainguy.

Ainsi, dans une affaire dans laquelle le franchiseur s'était engagé à assister le franchisé dans l'étude potentielle de son secteur qu'il avait ensuite réalisée et où des écarts importants étaient apparus entre ces prévisions et les résultats effectifs de l'exploitation du magasin, la Cour d'appel de Paris a ainsi rappelé que la loi n'impose pas l'établissement d'une quelconque étude de marché. Ainsi, selon le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris le 17 janvier 2006, « *la position selon laquelle l'article L. 330-3 du Code de commerce doit être interprété strictement, est constante* »<sup>553</sup>. Néanmoins, si le franchiseur n'est pas tenu de fournir une étude de marché *stricto sensu*, il se doit de renseigner le franchisé sur la situation du marché local<sup>554</sup>.

Le franchiseur n'est pas non plus tenu d'une obligation de résultat dans l'établissement des prévisions de l'activité du futur franchisé. Cette solution, retenue par un jugement du Tribunal de commerce de Paris, rendu le 9 septembre 2005, se justifie dans la mesure où le franchiseur ne peut être tenu de garantir la réalisation de ses prévisions, celle-ci dépendant d'éléments qui lui sont extérieurs. Le franchiseur n'est donc débiteur que d'une obligation de moyens lorsqu'il établit un compte prévisionnel<sup>555</sup>.

En outre, la portée de cet arrêt a été confirmée par deux autres arrêts. Le premier est celui rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 septembre 2008, dans l'affaire *SA Valfinances* contre la société *Malteste*, dans lequel la Cour a considéré qu' : « *en dépit du « caractère contestable » du « potentiel de marge » prévu à l'issue des deux premières années d'exploitation, le franchisé, en sa qualité de professionnel averti du commerce, se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui étaient faites dans la mesure où celles-ci ne comportaient de la part du promettant aucune obligation de résultat et que le franchiseur n'avait pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables sauf à méconnaître directement le principe même de l'autonomie juridique et financière du commerçant indépendant qu'est tout franchisé* »<sup>556</sup>.

---

<sup>553</sup> Jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris, le 17 janvier 2006, *Juris-Data*, n° 304909.

<sup>554</sup> E. Baccichetti, « Pratique du droit des réseaux de distribution, chronique n° 1 », *LPA*, 15 juin 2004, n° 119, p. 10 ; Paris 25<sup>ème</sup> Ch., sect. A, 23 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-312403, *JCP E*, 2007, 1086, obs. Deberdt.

<sup>555</sup> Jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris, le 9 septembre 2005, *RG*, n° 2004/004816.

<sup>556</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 24 septembre 2008, dans l'affaire *SA Valfinances* contre la société *Malteste*, n°06/04420, *Juris-Data* n° 2008-374047.

De plus, quelques mois plus tard, dans un deuxième arrêt rendu cette fois-ci par la Cour d'appel de Grenoble, le 3 septembre 2009, la Cour a décidé qu' : « *en leur qualité de candidats avertis, disposant d'une expérience professionnelle dans un domaine d'activité comparable s'adressant à une même clientèle, les franchisés devaient adapter les informations comptables et financières générales, fournies dans la plaquette de présentation, aux conditions d'exploitation locales normalement prévisibles* », d'autant plus qu'aucune garantie de rentabilité n'était donnée par le franchiseur »<sup>557</sup>.

Toutefois, pour établir la faute du franchiseur, le franchisé doit démontrer que les comptes présentent un caractère irréaliste. Une simple erreur dans les comptes ne suffit toutefois pas<sup>558</sup>. Plusieurs arrêts sont venus préciser en quoi consiste une telle faute du franchiseur dans l'établissement des comptes<sup>559</sup>.

Si le contenu de l'obligation a donné lieu à de nombreux débats jurisprudentiels, en raison de la difficulté à fixer la portée du décret d'application du 4 avril 1991, un certains nombres d'auteurs, tels que Vincent Perruchot-Triboulet pense qu' : « *une information précontractuelle donnée, même non obligatoire, doit toujours être sincère* »<sup>560</sup>.

Reste qu'au-delà des obligations légales<sup>561</sup>, un prévisionnel de chiffre d'affaires avait été mis à la disposition du franchisé. L'optimisme des chiffres ainsi soumis aux franchisés n'est généralement pas sans rappeler le *bonus dolus* du marchand. Si le facteur « *prudence* » impose au futur candidat franchisé de ne pas surévaluer et de prendre pour capital comptant les paroles du franchiseur, le facteur « *loyauté* » exige certainement du candidat franchisé de ne pas se montrer exagérément optimiste<sup>562</sup>. Mais, il serait possible,

---

<sup>557</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 3 septembre 2009,

<sup>558</sup> Paris 2 décembre 1993, *Juris-Data* n° 023635.

<sup>559</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, le 15 novembre 2005, *RG* n° 2003/22 ; Voir également l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, du 4 octobre 2005, *RG* n° 62/2005.

<sup>560</sup> Perruchot-Triboulet, *LPA*, 17 septembre 2003, n° 186, p. 3.

<sup>561</sup> Il faut souligner que l'obligation de respecter les prescriptions légales vaut aussi en cas de tacite reconduction du contrat, *Lettre distrib.* Mars 2003, p. 1, obs .. Mainguy. ; Voir également, L. et J. Vogel qui pensent que ce principe devrait s'appliquer également en cas de simple prorogation du contrat, dans un souci de sécurité des transactions, les informations préalablement communiquées ayant pu évoluer, « *Loi Doubin : des certitudes et des doutes. Premier bilan sur l'information précontractuelle après cinq ans d'application de la loi (1990-1995)* », *Dalloz Affaires*, 1995, p. 5.

<sup>562</sup> Y. Picod, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », Thèse: Dijon, *L.G.D.J.*, 1989, n°8.



selon Carbonnier, de considérer que : « *le droit dit aux franchiseurs : « Soyez transparents » ; le non-droit dit aux franchisés : « ne soyez pas si bêtes* »<sup>563</sup>.

La jurisprudence estime ainsi que le franchiseur prenant l'initiative de fournir un prévisionnel à son futur franchisé doit mettre à sa disposition un document sincère et loyal<sup>564</sup>.

Cependant, d'après les chiffres avancés dans une affaire où le liquidateur d'une société franchisée reprochait au franchiseur l'insuffisance et la légèreté des informations précontractuelles fournies, et sollicitait en conséquence l'annulation du contrat, notamment sur le fondement de l'article 1110 du Code civil.

Selon le requérant, les lacunes du document d'information prévu par l'article L. 330-3 du Code de commerce, ainsi que les prévisions de chiffre d'affaires fort optimistes avancées par le franchiseur auraient en effet été de nature à vicier le consentement du franchisé quant à la rentabilité de l'opération, on peut à juste titre croire, le chiffre d'affaires formellement effectué par le franchiseur étant entre 7 et 22 fois inférieur à celui qu'il a promis à son candidat franchisé. Néanmoins, pour la Cour d'appel de Paris, « *ce décalage, ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur* »<sup>565</sup>.

Néanmoins, cet arrêt a été récemment cassé par la Cour de cassation pour violation des dispositions de l'article 1110 du Code civil, en considérant que : « *la Cour d'appel n'avait pas recherché si le décalage entre le prévisionnel fourni par le franchiseur et les résultats effectifs du franchisé ne révélait pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son*

---

<sup>563</sup> J. Carbonnier, « Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2001, p. 323.

<sup>564</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 19 janvier 2010, dans une affaire opposant *la société SA Groupe Expert contre la société Corre*, n°09-10.980. ; Cass. Com., 12 février 2008, Société Theraform c/ Chottin Renard, n°07-10.462, *Juris-Data*, n°2008-042780 ; Cass. Com., 11 février 2003, dans une affaire opposant *la Société Jeff de Bruges à la Société Aixapp*, LPA, 17 septembre 2003, n° 186, p. 3, note Perruchot-Triboulet,. Sur cette question, v. également R. Loir, « Les prévisionnels : le point de vue du juriste », in Nicolas Dissaux et Romain Loir, « La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle : entre réalités et illusions », *L'Harmattan*, 2009, p. 102 et s. et P. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Op. Cit.*, n°305.

<sup>565</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 19 mai 2010, dans une affaire opposant *la société Sodacob contre Equip'buro 59*, n°08/08128, *Juris-Data* n°2010-011820.

*obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise »<sup>566</sup>.*

De surcroît, la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 19 janvier 2010, a elle-même jugé que : « *le franchiseur n'est pas tenu de fournir une étude de marché locale, mais que dès lors qu'il la fournit, celle-ci doit être sincère, sous peine d'engager sa responsabilité »<sup>567</sup>. Il s'avère donc que la sincérité est l'élément principal vis-à-vis duquel le franchiseur doit avoir beaucoup de respect, pour démontrer d'une part qu'il a bien accomplie son obligation d'information précontractuelle et d'autre part, ca lui permet d'éviter une éventuelle annulation du contrat de franchise pour vice de consentement. Ainsi, les franchiseurs n'ont donc pas intérêt à fournir des documents non conforme avec les dispositions de la loi du 4 avril 1991<sup>568</sup>.*

Récemment, la Cour d'appel de Rennes, dans son arrêt rendu le 3 juillet 2012, a pris l'initiative de rappeler que l'article L. 330 du Code de commerce ne met pas à la charge du franchiseur *une étude du marché local, l'analyse de l'implantation du fonds et de la viabilité économique du projet incombant au candidat à l'adhésion au réseau*. Elle précise que le franchiseur n'est pas débiteur d'une obligation de résultat et d'assurer ainsi la rentabilité du nouveau centre, mais qu'il doit apporter à son partenaire l'assistance prévu au contrat. Elle considère que l'obligation d'information pré contractuelle légale ne dispense pas le candidat à l'adhésion au réseau *de rechercher lui même les renseignements de nature à l'éclairer sur le pertinence et la rentabilité économique de son projet »<sup>569</sup>.*

En droit espagnol, l'obligation d'information précontractuelle a été instaurée par la *ley n°7/1996 de l'Ordenacion dei Comercio Minorista*, modifiée par le *Real Decreto n° 2485/1998*, qui en fixe en outre le contenu et les modalités, ne s'en remettant au décret que

---

<sup>566</sup> Arrêt rendu par la Chambre commercial de la Cour de cassation, le 4 octobre 2011, dans une affaire opposant *la société Sodacob contre la société Equip'buro 59*, n°10-20956.

<sup>567</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 19 janvier 2010, *JCP E*, 2010, 1348,23, obs. Friedel et Toulouse; Voir également, *LPA*, 22 juin 2010, 11, note Tiquant.

<sup>568</sup>E. Baccichetti, « Pratique du droit des réseaux de distribution, chronique n° 1 », *LPA*,15 juin 2004, n°119, p.10.

<sup>569</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, le 3 juillet 2012.

pour d'éventuels compléments. C'est ainsi que l'article 62 al. 3 de cette loi<sup>570</sup> exige du franchiseur qu'il fournisse par écrit au futur franchisé, 20 jours au moins (le délai est identique à celui de la loi Doubin en droit français), avant la signature de tout contrat ou préaccord, ou avant la remise par le franchisé de tout paiement, l'information nécessaire pour qu'il puisse décider librement et en toute connaissance de cause, son intégration dans un éventuel réseau de franchise.

Cette loi espagnole précise également que l'information précontractuelle devra comporter notamment : les principes essentiels du contrat de franchise, la description du secteur d'activité du négoce, objet de la franchise, les éléments principaux d'identification du franchiseur et de son réseau, la structure et l'étendue du réseau de franchise, le contenu et les caractéristiques du réseau de franchise et de son exploitation.

Le *Real Decreto* n° 2485/1998, a cependant apporté des précisions et des exigences complémentaires relatives à l'identification du franchiseur, à l'inscription au registre des franchiseurs espagnols ou étrangers, l'inscription au registre du commerce espagnol, et le capital social le cas échéant. Par ailleurs, le franchiseur est dans l'obligation de justifier de son droit de propriété ou de licence sur le réseau, pour l'Etat espagnol, de ses signes distinctifs et de sa marque, ainsi que la durée de la licence de marque.

En outre, le franchiseur doit également fournir une estimation des investissements et des frais réels indispensables pour la mise en œuvre du réseau de franchise, préciser le nombre d'établissements implantés dans le pays, en indiquant les provinces où ils se trouvent, et il est également dans l'obligation d'indiquer au futur candidat franchisé, le nombre de franchisés qui ne font plus partie de son réseau de franchise espagnole et ceux pour une période qui couvre les deux dernières années, en expliquant si la raison de la cession en est l'arrivée du terme du contrat de franchise ou d'une autre motif.

---

<sup>570</sup> Cet article 62 dans son alinéa 3 de la *Ley* n° 7/1996 de l'Ordenacion del Comercio Minorista, et, de manière plus précise, de l'article 3 du *Real Decreto* n°2485/1998, prévoient que : le franchiseur doit fournir au franchisé, au moins vingt Jours avant la la conclusion du contrat, toute une série de renseignements. Il s'agit notamment de la description de l'activité du franchiseur, ainsi que toute donnée utile à l'identification de ce dernier, les caractéristiques du savoir faire, et de la structure et de l'extension du réseau en Espagne.

De surcroît, le franchiseur doit, tout en anticipant largement sur le contrat de franchise à venir, préciser un certain nombre d'éléments indispensables, comme par exemple : la durée du contrat, les conditions de résiliation et, le cas échéant, de renouvellement, les contreparties financières, les droits et les obligations spécifiques des parties au contrat de franchise, les accords d'exclusivité et les éventuelles limitations à la libre disposition par le franchisé du négoce objet du contrat de franchise.

Il s'avère donc que le contenu de l'obligation précontractuelle du droit interne espagnol s'est considérablement inspiré de la loi française, dite la loi Doubin, ajoutant néanmoins à l'information sur le franchiseur et sur le réseau de franchise, des données assez complètes sur les dispositions contractuelles, envisagées dans le futur contrat de franchise. Enfin, dans le but de moraliser le marché de la franchise et de promouvoir la concurrence entre les différentes marques, le législateur espagnol a donc créé des obligations nouvelles non dérisoires pour le franchiseur.

En ce qui concerne le droit italien, l'Italie a adopté la loi du 6 mai 2004, considérée comme une loi spécifique à la franchise. Cette loi a été complétée par le décret n°204 du 2 septembre 2005. Cette loi précise notamment qu'un contrat de franchise ne peut être consenti que par un franchiseur ayant précédemment testé sa formule sur le marché.

En outre, cette loi du 6 mai 2004 encadre l'information précontractuelle dans ses articles 4 et 6. Ainsi, l'article 6 prévoit que : « *le franchiseur fournit au futur franchisé toute information que ce dernier considère utile ou nécessaire à la conclusion du contrat* »<sup>571</sup>.

De surcroît, l'article 4 de cette loi prévoit que le franchiseur est tenu de fournir au futur candidat franchisé, une copie du contrat projeté et un document d'information précontractuelle au moins 30 jours avant la signature du contrat, contrairement à la loi française et espagnole qui exige uniquement 20 jours. D'ailleurs, des auteurs Italiens tels que A. D. Biase pense que : « *les dispositions de cet article sont ambiguës, en souhaitant que le*

---

<sup>571</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 6 de la loi italienne du 6 mai 2004.

*législateur Italien aurait dû préciser a priori quelles sont ces exigences de confidentialité pour éviter le contentieux entre les parties ».*

Par ailleurs, les données qui doivent être fournies dans le cadre de cette obligation d'information précontractuelle, concernent principalement : l'identité du franchiseur, l'activité sous franchise, les procédures intentées à l'encontre du franchiseur, les bilans des 3 derniers exercices, la composition du réseau de franchise et son évolution, ....etc.

Ainsi, un certain nombre d'auteurs tels que F. Bortolotti trouve que : *« l'on ne comprend pas qui doit établir que les informations sont utiles ou nécessaires pour la conclusion du contrat. La lettre de la disposition n'étant pas claire, la solution la plus raisonnable consiste à laisser au franchiseur le soin d'en décider. Il est évident que cette évaluation subjective peut conduire à des incertitudes dans l'application de la loi »*<sup>572</sup>.

En plus, A. D. Biase fournit une méthode de lecture ayant pour objectif d'interpréter la loi à travers un élément objectif, pour constater que : *« le franchiseur est obligé de transmettre « non seulement les données et informations qu'il considère nécessaires ou utiles, mais aussi toutes celles qu'un franchiseur diligent devrait t considérer nécessaires ou utiles pour la stipulation du contrat »*<sup>573</sup>.

En outre, cette loi Italienne impose aux différentes parties contractantes dans le cadre d'un contrat de franchise, une obligation générale et mutuelle de bonne foi. Cette loi prévoit également d'autres éléments indispensables, relatifs par exemple au contrat de franchise qui doit nécessairement être écrit, sa durée du contrat doit être suffisante pour permettre au futur candidat franchisé d'atténuer ses investissements et ne peut être inférieure à trois ans. Dans le cas d'un franchiseur opérant à l'étranger qui viendrait investir en Italie, le décret n° 204 du 2 septembre 2005 prévoit que : *« les informations ci-dessus mentionnées doivent être fournies pour chaque Pays, dans lequel des franchisés sont implantés ».*

---

<sup>572</sup> F. Bortolotti, « La nuova legge sul franchising prime impressioni », *Contratto e impresa-Europa*, 2004, 91-120, p. 113.

<sup>573</sup> A. D. Biase, « La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l' abuso di dipendenza economica », *Europa e diritto privato*, 2007, n° 3, p. 813.

Des auteurs italiens comme L.D. Priscoli, considèrent que : « *le franchisé doit être protégé contre le risque d'investissements dans une activité insuffisamment rentable. Il doit également disposer de tout renseignement relatif à l'entreprise du franchiseur, mais aussi à la structure du réseau, y compris le nombre des autres franchisés et leur localisation* »<sup>574</sup>.

En outre, cette loi impose également des obligations à l'égard du futur candidat franchisé, comme par exemple l'obligation de respecter la plus stricte confidentialité sur l'activité en franchise et de faire respecter cette obligation par ses propres salariés. De plus, le franchisé est également concerné par cette obligation d'information précontractuelle, dans le sens où la loi lui impose de fournir au franchiseur, d'une façon rapide et complète, tout renseignement dont la connaissance peut être nécessaire ou utile pour la conclusion du contrat, même s'il s'agit d'informations qui n'ont pas été expressément demandées par le franchiseur<sup>575</sup>.

Il s'avère donc que le législateur italien, à travers ces différentes lois, vise à protéger la partie la plus faible, à savoir le franchisé, contre d'éventuels risques d'investissement dans un domaine d'activité insuffisamment rentable. Mais, la volonté du législateur italien ne se limite pas uniquement à la protection du partie la plus faible, il a néanmoins pour objectif de rendre le réseau de franchise plus efficace et plus dynamique.

En ce qui concerne le droit allemand, R. V. Jhering, a développé au début du XIXe siècle la théorie de la « *culpa in contrahendo* », qui constitue le fondement général de la responsabilité précontractuelle pour faute. Ainsi, le cas de l'obligation de protection imposée vis-à-vis du collaborateur contractuel ou encore le cas de la confiance trahie dans le cadre de la réalisation d'un contrat, ne sont pas tout à fait pertinents, quand il s'agit de l'obligation précontractuelle d'information et de la théorie de la « *culpa in contrahendo* » dans le domaine de la franchise.

L'hypothèse qui nous intéresse est celle dans laquelle le futur candidat franchisé est amené à s'engager dans un rapport contractuel qui va le conduire à conclure un contrat de franchise, tandis que l'obligation d'information précontractuelle n'a pas été légalement mise

---

<sup>574</sup> L. D. Priscoli, « *Patto di esclusiva e rapporto tra franchisees* », *Giur.comm.*, 2001, 1, p. 581.

<sup>575</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 6 de la loi Italienne n°129/2004.

en œuvre. Ainsi, il s'avère qu'en droit allemand, le futur candidat franchisé ne bénéficie pas du droit de poursuivre en justice l'exécution correcte de l'obligation d'information précontractuelle<sup>576</sup>. Ainsi, dans ce cas, le futur candidat franchisé se trouve devant deux cas de figure :

- Dans le premier cas de figure, quand le futur candidat franchisé se rend compte qu'il n'est pas informé correctement, il peut décider unilatéralement de ne pas conclure le contrat de franchise.
- Le deuxième cas de figure, c'est s'il décide de conclure le contrat de franchise, ou s'il subit un quelconque préjudice. Le franchiseur est là dans l'obligation de le dédommager du préjudice subi<sup>577</sup>, alors qu'en droit français, on pourra faire valoir-conformément aux dispositions de la Loi *Doubin*- l'obligation d'information précontractuelle.

Par ailleurs, la jurisprudence allemande a déduit de cette théorie de la « *culpa in contrahendo* », un principe général applicable à tous genres de contrat. Ainsi, selon ce principe : « tout lien engagé en vue de passer un contrat, crée entre les différentes parties un rapport de confiance, appelé en allemand « *vorvertragliches Vertrauensschuldverhal* », qui leur impose des charges réciproques de prudence et de sécurité<sup>578</sup>. Ainsi, la jurisprudence allemande admet l'obligation d'information contractuelle. La raison en est peut être la grande disparité d'information existant entre le franchiseur et le futur candidat franchisé. Le franchiseur affirme au cours des pourparlers qui précède la conclusion finale du contrat de franchise, avoir mis au point un concept qui permet au futur candidat franchisé de mettre en place une société qui lui permet d'avoir des moyens d'existence suffisants.

Il faut également souligner le fait qu'en droit allemand de la franchise, c'est le franchiseur qui dispose de toutes les informations sur son réseau de franchise et que le candidat franchisé n'en a que très peu. De surcroît, le candidat franchisé est tenu de garder secret la quasi-totalité des informations acquises dans le cadre de l'expansion d'un réseau de

---

<sup>576</sup> A titre d'exemple, on pourra citer le cas dans lequel le futur candidat franchisé n'a pas le droit à une action en référé.

<sup>577</sup> Il faut souligner qu'en droit français, le fondement de cette obligation est l'article 1382 du Code civil.

<sup>578</sup> OLG München, *NJW*, 1994, p. 667 et s.

franchise, par crainte que ce concept soit reproduit par d'autres entreprises concurrentes. En outre, le futur candidat franchisé doit uniquement se fier aux informations transmises par le franchiseur, sans pour autant avoir une très large autonomie pour vérifier l'exactitude des déclarations faites par le franchiseur et il ne dispose que rarement de moyens pour justifier une éventuelle violation de l'obligation précontractuelle d'information.

Pour toutes ces raisons invoquées ci-dessus, le législateur allemand a mis en place une certaine atténuation de la charge de la preuve, comme en témoigne la réforme du droit allemand des obligations<sup>579</sup>. Ainsi, le nouvel article 311, alinéa 2, du BGB prévoit qu' : « *un rapport de type contractuel, générateur d'obligations accessoires au sens de l'article 241, alinéa 2, du BGB, peut naître avant même la conclusion du contrat* ». Conformément aux dispositions de cet article, les différentes parties au contrat de franchise se voient imposer des charges réciproques de prudence quant aux droits, et aux intérêts de l'autre partie. D'ailleurs, ce dispositif de responsabilité réciproque implique que les différentes parties au contrat de franchise, à savoir le franchiseur et le futur candidat franchisé sont obligés les uns envers les autres, de s'échanger toutes les informations qui sont, selon le principe général de loyauté et de bonne foi<sup>580</sup>, indispensables pour arriver au bout de ce rapport contractuel, notamment celles relatives à la rentabilité du système de franchise<sup>581</sup>.

Ainsi, les franchiseurs et les candidats franchisés sont obligés les uns envers les autres, d'un devoir d'information de façon correcte et complète sur toutes les conditions nécessaires à la conclusion du contrat de franchise, afin de permettre à la partie la plus faible de s'engager en toute connaissance de cause<sup>582</sup>. De plus, comme en droit français, le droit allemand prévoit qu'avant même la conclusion finale du contrat de franchise, les différentes parties au contrat de franchise, doivent se communiquer l'une l'autre, et dans les meilleurs délais, un document d'information.

---

<sup>579</sup> G. Erdmann, « Vorvertragliche Aufklarungs- und Offenlegungspflichten bei Franchise-Verträgen nach deutschem Recht », in *Gedächtnisschrift für Walther Skaupy*, BB, 1992, p. 50.

<sup>580</sup> Ces principes sont prévus à l'article 242 du BGB.

<sup>581</sup> OLG München, *NJW*, 1994, p. 667 et s.

<sup>582</sup> BGH, *BB*, 2001, p. 1548; BGH, *NJW*, 1987, p. 639.



Cependant, le franchiseur n'est pas la seule partie concernée par cette obligation d'information précontractuelle, comme en droit italien, le candidat franchisé est aussi concerné, dans la mesure où il doit informer le franchiseur sur ses capacités professionnelles et sur ses possibilités financières, dès lors que ces éléments sont importants pour le futur contrat de franchise liant ces deux parties<sup>583</sup>. Par ailleurs, l'existence et l'étendue de l'obligation d'information précontractuelle dépendent des circonstances pratiques, notamment du principe de loyauté<sup>584</sup>, des possibilités d'information et de l'activité du franchiseur et, surtout, du besoin d'information et des possibilités de s'informer du franchisé<sup>585</sup>.

Ainsi, des auteurs comme F. Braun, ont développé une base commune d'informations obligatoires incluant des données telles que : les expériences pratiques des entreprises pilotes du franchiseur ou des franchisés appartenant déjà au réseau du franchiseur<sup>586</sup>, l'investissement prévisionnel en travail et en capital nécessaire au franchisé, l'organisation du système et des perspectives de réussite ; et tout ce qui est relatif au concept de la franchise en général, à sa réalisation et à sa mise en application...etc.<sup>587</sup>.

Néanmoins, la jurisprudence allemande considère que : « *le franchiseur n'a pas l'obligation de procéder, à ses propres frais, avant la conclusion du contrat et au profit du franchisé, à une analyse économique détaillée du lieu d'implantation ou à un calcul de rentabilité. En outre, il ne peut pas être tenu pour responsable de leur inexactitude, sous peine de lui imposer des obligations générales d'information et de conseil excessives* »<sup>588</sup>. La portée de cet arrêt n'a pas empêché la jurisprudence allemande de confirmer néanmoins que : « *le franchiseur doit fournir des informations nécessaires, claires, complètes et correctes pour permettre au franchisé de procéder à sa propre appréciation de la rentabilité de la future entreprise* »<sup>589</sup>.

---

<sup>583</sup> E. Flohr, « Vorvertragliche AufkHirungspflichten des Franchise-Gebers - Grundsätze und Beispiele aus der Rechtsprechung », WiB, 1996, p. 1137.

<sup>584</sup> Conformément aux dispositions de l'article 242 du BGB.

<sup>585</sup> A. Haib et W. Siemens, « Vorvertragliche AufkUirungspflichten des Franchisegebers im deutschen und US-amerikanischen Recht », RIW, 2000, p. 598.

<sup>586</sup> OLG München, NJW-RR, 1997, p. 812 et p. s.

<sup>587</sup> F. Braun, « Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen », NJW, 1995, p. 504 et suivant; OLG München, NJW, RR, 1997, p. 812 et suivant.

<sup>588</sup> Arrêt rendu par le tribunal régional supérieur de Brandenbourg, OLG Brandenburg, NJW-RR, 2006, p. 51 et s.

<sup>589</sup> Ibid.

Mais, cela va contre le sens de la doctrine allemande qui estime que le franchiseur n'est pas redevable d'une garantie générale de succès économique de l'entreprise du franchise<sup>590</sup>, qui doit assumer seul d'éventuel risque économique ou financier lié à la pratique de son activité et qu'une garantie de rentabilité ne correspond pas à l'esprit même du contrat de franchise<sup>591</sup>. Reste enfin que la doctrine allemande majoritaire cherche à limiter l'étendue de cette obligation d'information précontractuelle, parce qu'elle estime que le fait d'alourdir cette obligation est de nature à limiter l'envie d'expansion et de création du franchiseur et de son réseau de franchise<sup>592</sup>.

L'évolution générale de cette obligation précontractuelle d'information va dans le sens d'une obligation de renseignements plus lourde traduite par un recours facilité pour celui des contractants qui prétend n'avoir pas été assez suffisamment informé, à la théorie des vices du consentement. C'est ainsi que les règles de droit dépendront des concepts idéologiques : comme on a vu là-dessus, en Allemagne, l'obligation d'information précontractuelle implique de ne pas mettre un terme aux pourparlers, sans motif légitime et de donner à son cocontractant toutes les informations essentielles et nécessaires relatives au futur contrat de franchise. Le droit américain d'obédience « *common law* » a statué sur la question et il a décidé dans un premier temps qu' : « *il n'existait pas d'exigence liée à une quelconque obligation de renseignement* »<sup>593</sup>.

A propos de cette question, la Convention de Vienne, dans l'optique de procéder à une unification des sources du droit international, par l'adoption d'un principe de neutralité juridique et dans le but de rapprocher les droits des pays civilistes et de *Common Law*, a également préférée ne pas faire appel à des termes trop marqués par les systèmes juridiques, afin d'éviter d'éventuels problèmes. Cette Convention fait par conséquent allusion à des conceptions qui ne peuvent être mise en œuvre qu'à l'aune des usages commerciaux internationaux. On est enfin passé de la règle selon laquelle, il appartient à chaque contractant de se renseigner par ses propres moyens, sur l'intérêt pour lui du contrat, à celle que chacune des parties au contrat doit dans une certaine mesure prendre en considération les intérêts de l'autre. Ce qui peut éventuellement favoriser la théorie de l'altruisme.

---

<sup>590</sup> E.V. Dorp, « Haftung des Franchisegebers aus c.i.c.- Tendenzwende zur Rentabilitätsгарantie », *WiB*, 1995, p. 285.

<sup>591</sup> F. Braun, « Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertrags-verhandlungen », *NJW*, 1995, p. 504.

<sup>592</sup> E. Flohr, « Franchise-Vertrag », 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Beck'sche Musterverträge », München, C.H. Beck, 2010., p. 49 Voir également A. Haib et W. Siemens, *Op. cit.*, *RIW*, 597, p. 598.

<sup>593</sup> Décision de la Cour suprême Américaine, rendue en 1917, dans l'affaire *Laidlaw contre Organ*.

En droit américain, quelques années avant l'entrée en vigueur de loi dite « Doubin », l'*American Federal Trade Commission (AFTC)* a adopté un dispositif intitulé, « *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities* », plus connu sous l'appellation « *Full Disclosure Law* » ou encore « *Franchise Rule* ». Ce texte qui a été adopté le 31 décembre 1978, met sous la responsabilité du franchiseur, une obligation d'information précontractuelle, qui porte entre autres sur la personne du franchiseur, son réseau de franchise, son expérience, l'état du marché de franchise...etc. C'est l'équivalent américain du Document d'information précontractuelle français « *DIP* », qui est appelé chez les américains : *Franchise Disclosure Document* « *FDD* », et doit être remis au franchisé au moins dix jours avant la signature du contrat de franchise<sup>594</sup>.

Ainsi, les éléments requis par le législateur américain correspondent peu aux exigences de la loi Doubin. Mais à y regarder minutieusement, et surtout depuis la réforme de la *Full Disclosure Law*, qui est entrée en vigueur en juillet 2008, le législateur américain diffère substantiellement du droit français. Sans prétendre à l'exhaustivité, le droit américain semble plus exigeant que le droit français sur différents points :

Tout d'abord, la *FTC Rule* exige du franchiseur d'évoquer explicitement toutes les limitations relatives à l'approvisionnement du candidat franchisé. Cette obligation ne porte pas uniquement sur les biens qui sont l'objet du contrat de franchise, mais aussi sur tout le matériel utile pour l'exploitation du point de vente. En plus, la le droit américain impose que soient énoncés les rapports entre le franchiseur et le fournisseur, ainsi que les sommes éventuellement perçues par le franchiseur au titre de ces acquisitions commerciales. Cette disposition permet notamment de se protéger contre les conflits ayant trait à l'obligation d'utiliser certains dispositifs informatiques sous prétexte d'homogénéité du réseau de franchise.

---

<sup>594</sup> S. Gruenberg et A.H. Hurwitz, *The FTC Franchise Rule*, American Bar Association, 2008, Appendix H, p. 319. 16 CFR § 436.3 - 436.5, FR vol. 72 (30 mars 2007), p. 15545-15559. La FTC Franchise Rule a autorisé l'usage d'un autre modèle connu comme le Uniform Franchise Offering Circular, ou U.F.O.C, délivré par la North American Securities Administrators Association (NASAA). Le formulaire UFOC, tel qu'amendé par la NASAA le 25/04/1993 et approuvé par la FTC le 30/12/1993, requiert en substance la même information relative à la situation financière du franchiseur, l'état de son réseau et les termes de l'accord de distribution. (FR, vol. 60 (4 octobre 1995), p. 51895. L'Amended FTC Rule a réalisé une meilleure coordination entre le formulaire UFOC et les prescriptions contenues dans la régulation fédérale en matière d'informations requises de sorte que l'UFOC n'est plus utilisé par la FTC. 16 CFR § 436, FR vol. 72 (30 mars 2007), p. 15444.

Ensuite, le franchiseur américain est dans l'obligation de mentionner explicitement dans le document d'information précontractuelle la zone d'exclusivité concédée au futur candidat franchisé. Cette obligation a été consolidée par la réforme adoptée le 30 mars 2007. En effet, *la FTC Rule* prévoit qu'en l'absence de clause d'exclusivité, le document d'information précontractuel doit indiquer explicitement les conséquences potentiellement risquées et périlleuses pour le futur candidat franchisé en ces termes : « *le franchisé devra faire face à la concurrence d'autres franchisés, de succursales que nous possédons, ou d'autres moyens de distribution* »<sup>595</sup>.

Toutefois, si en France la quasi-totalité des contrats de franchise comportent une clause d'exclusivité, si bien qu'une telle empreinte dans le *DIP* pourrait ne pas avoir beaucoup d'importance. En effet, c'est comme si omettre le fait que dans quasiment la plus part des cas, cette clause peut être remise en cause en cours de contrat de franchise, comme c'est le cas par exemple en étant soumise au respect d'une clause d'objectif. Ainsi, dans un pareil cas, la mise en garde du futur candidat franchisé sur les conséquences d'une perte d'exclusivité aura une importance primordiale.

Cependant, contrairement à *l'Original FTC Rule*, *l'Amended FTC Rule* admet des dérogations importantes, dites « exemptions ». En effet, la *FTC* exclut du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle, les franchisés qualifiés de *sophisticated investors*, de *large investment franchisees*, ou de *experienced franchisees*. La *FTC* reconnaît que les besoins de réglementation sont différents selon les cas. Ainsi, des organismes publics, (comme les hôpitaux, les universités...etc.), échappent à la réglementation. Par ailleurs, les articles 436.2 à 436.7 de la *FTC Rule* fixent l'étendue de l'obligation d'information précontractuelle<sup>596</sup>. Ainsi, ces articles imposent une information au moins 14 jours avant la

---

<sup>595</sup> Voir en particulier 16 CFR § 436.5 (e), (f), (g), (i), (k), (o), FR vol. 72 (30 mars 2007), p. 15547-15553.

<sup>596</sup> 16 CFR § 436.5 prévoit que : « l'objet de l'obligation consiste en une information détaillée sur la condition financière du franchiseur, ainsi que sur les possibilités de bénéfices du candidat franchisé qui doit être en mesure d'évaluer la rentabilité de l'opération. Cet article exige la communication d'une situation financière certifiée du franchiseur (incluant notamment les éventuelles faillites et poursuites civiles ou pénales pour fraude), des antécédents et de l'expérience des dirigeants de l'entreprise, ainsi que d'une présentation concrète de la franchise. Doivent également être transmis les noms, adresses et téléphones d'au moins cent précédents franchisés les plus proches géographiquement de l'éventuel franchisé, le nombre total de franchisés appartenant au réseau à l'échéance de précédente année fiscale, le nombre total de franchises volontairement interrompues ou non renouvelées par des franchisés lors de l'année fiscale précédente, le nombre total de franchises rachetées par le franchiseur au cours de l'année précédente, le nombre total de franchisés auxquels le franchiseur a refusé le renouvellement de l'accord de franchise ou de tout autre accord y afférant au cours de l'année précédente, ainsi

signature d'un contrat de franchise où un paiement au franchiseur ou à l'un de ses affiliés en rapport avec la sollicitation. L'information doit être mise à jour de manière continue, au terme de chaque exercice fiscal<sup>597</sup>.

Il faut souligner enfin que le *DIP* américain doit évoquer les clauses et les dispositions de renouvellement du contrat de franchise. Plus exactement, le franchisé est informé qu'à l'arrivée de l'échéance du contrat de franchise, un nouveau contrat peut éventuellement être conclu, mais que le précédent ne sera aucunement reconduit à nouveau. Cette distinction emporte néanmoins des aspects très lourds de conséquences. Effectivement, certaines dispositions du contrat de franchise pourront être changées, comme c'est par exemple le cas de la clause d'exclusivité.

Mais, l'économie générale du contrat de franchise peut être extrêmement bouleversée, si bien que l'avertissement du futur candidat franchisé est pour le moins avantageuse. Ainsi, la *FTC Rule* impose au franchiseur une obligation d'information précontractuelle, souvent plus contraignante que celles prévues par la loi française, dite la loi Doubin. Mais, ce dernier pourra demander à être exempté de l'obligation d'information précontractuelle<sup>598</sup>. Ainsi, à partir du moment qu'un franchiseur fait une requête d'exemption, la *FTC* procède à sa transcription au registre fédéral américain, pour avoir les commentaires du public américain.

Ainsi, après avoir recueilli ces commentaires la *FTC* prend sa décision, en appréciant si l'application de *l'Amended FTC Rule* aux demandeurs, apparaît ou non indispensable pour éviter d'éventuelles pratiques déloyales ou trompeuses. Si la conclusion est négative, la *FTC* rend une décision d'exemption publiée au registre fédéral. C'est ce qui résulte d'une décision, enregistrée sur les fichiers de la *Federal Register* le 23 novembre

---

que le nombre de franchises résiliées, non renouvelées par le franchiseur ou arrivées à terme durant l'année fiscale précédente. Le franchiseur doit également faire part au franchisé de tous les renseignements concernant les coûts de mise en place et de fonctionnement de la franchise, de toutes les sommes à verser avant et durant l'exécution du contrat, ainsi que de toutes les obligations respectives du franchiseur et du franchisé une fois que ce dernier aura investi des fonds dans l'opération.

<sup>597</sup> 16 CFR § 436.2(a), FR vol. 72, du 30 mars 2007, p. 15545 ; 16 CFR § 436.7(a), FR vol. 72, du 30 mars 2007, p. 15560.

<sup>598</sup> Cette procédure est régie par la section 18 du *Federal Trade Commission Act*, 15, *USC Sec. 57a*. La procédure d'exemption est régie par la section 553 de *l'Administrative Procedure Act*, 5, *U.S.C. Sec. 553*.

1998, pour accorder l'exemption à la société *Navistar International Transportation Corporation* de certaines obligations de la *FTC Rule* relatives aux publicités, offres, licences, contrats et autres promotions portant sur ses commerces de camions<sup>599</sup>.

Pour conclure, ces différentes législations internes, européennes et internationales ont adoptées une approche plus large et plus économique de la franchise. Pour prendre en compte la nécessité d'intégrer le contrat individuel dans le cadre du réseau de franchise et de permettre à chaque partie au contrat de franchise d'éviter le risque d'exploitation inhérent à la mise en place du rapport contractuel dans le cadre d'un réseau global de franchise, elles ont été conduites à bilatéraliser l'obligation d'information précontractuelle. Néanmoins, la législation allemande se distingue des autres législations abordées dans cette partie, par l'instauration d'une conception plus réaliste qui sous-tend l'obligation d'information précontractuelle. Ainsi, cette obligation d'information précontractuelle ne doit pas empêcher le développement des réseaux de franchise, en imposant des contraintes trop lourdes de conséquences sur les parties l'une envers l'autre au niveau de la simple négociation du contrat de franchise.

## **Paragraphe II :**

### **Les obligations spécifiques relatives à la transmission des techniques commerciales.**

Les obligations qui incombent au franchiseur en matière de transmission des méthodes commerciales sont successivement relatives à l'obligation de transmission du savoir faire (**Sous-Paragraphe 1**), et à l'obligation d'assistance technique et commerciale (**Sous-Paragraphe 2**).

#### ***Sous-Paragraphe 1 : Les obligations relatives à la transmission du savoir faire***

Dans le cadre d'un contrat de franchise, la communication du savoir faire constitue un élément très essentiel et déterminant. En effet, un contrat de franchise ne peut se concevoir

---

<sup>599</sup> Federal Register, vol. 63, le 23 novembre 1998, p. 64616.

que dans le cadre d'une réitération de réussite commerciale. Cette réussite doit être le résultat de la cause même du contrat de franchise qui est le savoir faire.

Il ne peut y avoir donc de franchise sans mise à disposition ou transmission d'un savoir-faire du franchiseur au franchisé. C'est une disposition très importante du contrat de base. La nécessité absolue de la détention d'un savoir-faire est une exigence essentielle, dans le cadre de toute franchise. Ainsi, le Code européen de déontologie l'exprime en déclarant que le principal objectif du contrat est d'en faire bénéficier à la fois les deux parties<sup>600</sup>.

La franchise est donc une méthode qui se base sur la réitération et l'accroissement du succès commercial du franchiseur. Par conséquent, le franchisé, qui exerce son activité en toute liberté, bénéficie de la réussite des unités pilotes du franchiseur, par une transmission organisée d'un savoir-faire qui : « *constitue l'élément le plus important du contrat de franchise pour l'adhérent au réseau, car il représente l'avantage commercial que le franchiseur transmet au franchisé, la valeur ajoutée à l'entreprise de ce dernier qui assure sa réussite. Sans transmission de savoir-faire, un contrat ne peut être qualifié de franchise* »<sup>601</sup>.

Toutefois, et malgré le fait que la franchise est apparu pour la première fois aux Etats Unis d'Amérique, ce concept de savoir faire n'est pas utilisé par le législateur américain. Ainsi, la règle de la Commission Fédérale du commerce « *la Federal Trade Commission Rule* » se référant au contrôle sur ou à l'assistance significative à la gestion des affaires du franchisé<sup>602</sup>.

De surcroit, après avoir modifié cette règle de la Commission Fédérale du commerce Américaine « *la Federal Trade Commission Rule* », il est désormais prévu que la « *trademark* » représente soit une méthode, soit un produit ou service distinct associé ou identifié à la marque du franchiseur »<sup>603</sup>. À l'inverse de la définition européenne du concept

---

<sup>600</sup> C'est ce qui prévoit le 5<sup>e</sup> alinéa du préambule du Code européen de déontologie.

<sup>601</sup> Louis Vogel, « La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats », *LGDJ*, 2011, p.123.

<sup>602</sup> 16 CFR § 436. 1 (h)(2), FR vol. 72 (30 mars 2007), p. 15544.

<sup>603</sup> Federal Trade Commission, Compliance Guide, mai 2008, p. 2.

du savoir faire, il n'est pas obligatoire que ce savoir-faire transmis soit secret, il peut être constitué par une marque de commerce dûment enregistrée et rendue publique.

Il faut par ailleurs rappeler que ce concept du savoir faire a été défini par les différentes législations au niveau européen et au niveau national. Ainsi, comme on a déjà vu précédemment qu'en droit communautaire, le règlement du 20 avril 2010<sup>604</sup>, confirme la définition de ce savoir-faire, qui doit être entendu, depuis le règlement d'exemption du 30 novembre 1988 comme étant : « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci* »<sup>605</sup>.

En outre, le savoir-faire est défini par le droit italien dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 129/2004<sup>606</sup> comme étant un « *ensemble substantiel, secret et identifié, de connaissances pratiques, non brevetées, découlant de l'expérience acquise par le franchiseur* »<sup>607</sup>. D'ailleurs, en matière de savoir faire, le droit italien de la franchise se réfère au terme *Know How*, sans forcément donner un nom propre à cette expression en langue italienne<sup>608</sup>.

Néanmoins, le droit espagnol précise dans son article 2 alinéa 1 (b) du *Real Decreto*<sup>609</sup> n° 2485/1998, modifié par le *Real Decreto* n°419/2006, que : « *le franchiseur doit communiquer au franchisé un « saber-hacer= un savoir faire* », mais sans pour autant le définir. Il faut souligner également que dans le cadre de la transmission du savoir-faire, ce transfert s'effectue par le biais de manuels, connus sous le nom de « *package* » ou « *bible* ») ou des cours de formation. La loi étant muette sur la question, le franchiseur est libre de choisir les modalités du transfert, à condition que le franchisé soit à même de comprendre les règles et procédures nécessaires à son activité, qui doivent correspondre à la pratique des affaires<sup>610</sup>.

---

<sup>604</sup> Il faut souligner ici que ce règlement est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010.

<sup>605</sup> Règlement d'exemption du 20 avril 2010.

<sup>606</sup> Cet article détermine également le sens des mots « *secret* », « *substantiel* » et « *identifié* » : d'abord, le premier terme signifie l'ensemble de connaissances non connues, ou non facilement accessibles. Ensuite, le mot « *substantiel* » désigne l'ensemble de connaissances indispensables au franchisé dans l'exercice de son activité. Enfin, le mot « *identifié* » signifie que le savoir-faire doit être envisagé d'une façon exhaustive, de manière à s'assurer qu'il présente effectivement un caractère « *secret* » et « *substantiel* ».

<sup>607</sup> Cette définition a été donnée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 129/2004.

<sup>608</sup> R. Baldi, A. Venezia, « Il contratto di agenzia, La concessione di vendita e il franchising », *op. cit.*, p.164.

<sup>609</sup> *Ce mot espagnol signifie en français Décret Royal.*

<sup>610</sup> M. A. Caruso, « Franchising e trasferimento del know how », *lure Praesentia*,1997, p. 219 et s.;



En ce qui concerne le droit allemand, il a défini le savoir faire comme étant « *un certain savoir technique ou commercial*<sup>611</sup>. *Ce savoir-faire doit être suffisamment testé et sûr*<sup>612</sup> et doit conférer au franchisé un avantage concurrentiel, en améliorant ses performances et en lui facilitant la pénétration de nouveaux marchés »<sup>613</sup>.

Ce droit allemand exige, comme ses homologues européens, que le savoir faire doit être secret, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être directement accessible sans grand effort<sup>614</sup>, ce qui implique que l'importance de l'avantage dépend de la nature du réseau de franchise<sup>615</sup>, mais le franchiseur doit garantir une certaine utilité économique du savoir faire, appelée en allemand « *wirtschaftliche Verwertbarkeit* »<sup>616</sup>.

Par ailleurs, la transmission du savoir faire doit se réaliser par la remise d'un manuel et à travers la communication de directives, ainsi que par des formations de base<sup>617</sup>. Le savoir-faire doit toujours être suffisamment détaillé<sup>618</sup>. D'ailleurs, la doctrine allemande se demande s'il existe à la charge du franchiseur seul une obligation de vérifier si le franchisé est capable de comprendre et d'appliquer ce que lui a été transmis, notamment au cours de formations. Certains auteurs, comme J. P. Giesler, affirment qu' : « *une telle obligation de contrôle existe, bien que la jurisprudence n'ait pas encore eu l'occasion de se prononcer* »<sup>619</sup>.

En droit français, la doctrine définit ce savoir faire comme étant « *un ensemble de connaissances pratiques, secrètes*<sup>620</sup>, *substantielles, transmissibles, non brevetées et conférant*

---

V. A. Frignani, *Factoring - Leasing - Franchising - Venture capital - Leveraged Buy-out- Hardship clause - Countertrade- Cash and Carry - Merchandising - Know how - Securization*, Torino, 1996, p. 220.

<sup>611</sup> H. Stumpf, "Der Know-How- Vertrag", 3<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, 1977, ann. 10; J. P. Giesler, in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht*, loc. cit., BB 2003, p. 1025 n° 14.

<sup>612</sup> OLG Karlsruhe, arrêt du 13 mars 1989 - 12 U 235/88 ; J. P. Giesler, loc. cit., ZIP 2000, p. 2102.

<sup>613</sup> W. Kroll, "Informationspflichten im Franchising", Frankfurt am Main, 200 l, p. 72; R. Bohner, loc. cit. , "in Gediichtnisschrift for Walther Skaupy", NJW 1994, p. 16.

<sup>614</sup> M. Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band 2, "Franchising, Know-how-, Marketing- und Consultingverträge", München : Beek 1992, p. 219.

<sup>615</sup> J. P. Giesler, « in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht*, op. cit., p. 1033 et s.

<sup>616</sup> W. Kroll, "Informationspflichten im Franchising", op. cit., p. 72 ; OLG Oldenburg, DSfR, 1998, p. 903.

<sup>617</sup> J.P. Giesler, « in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht* », op. cit., p. 1034 et s.

<sup>618</sup> J.P. Giesler, « Das Minderungsrecht des Franchisenehmers », ZIP 2000, p. 2102.

<sup>619</sup> J.P. Giesler, « in Giesler et Nauschutt, *Franchiserecht* », op. cit., p. 1035 et s.

<sup>620</sup> Il faut souligner que selon un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 30 avril 2003, il a été décidé que : « *la disparition du caractère secret du savoir-faire, de même que l'absence de transmission du savoir-faire, ne peuvent entraîner que la résiliation du contrat, voire la résolution judiciaire de celui-ci lorsqu'il est démontré que le contrat n'a pas été exécuté ou lorsqu'il a été exécuté de manière imparfaite*

à celui qui le maîtrise un avantage concurrentiel »<sup>621</sup>. Quant à la jurisprudence, elle se réfère à « l'ensemble des méthodes commerciales de nature à fonder la réussite du franchiseur »<sup>622</sup>, ou « des techniques commerciales expérimentées constamment mises au point par le franchiseur »<sup>623</sup>.

Ainsi, la Cour d'appel de Dijon considère, dans son arrêt rendu le 17 décembre 2009 que : « le système mis au point par le franchiseur, a fourni à ses partenaires liés par un contrat de sous licence un ensemble de savoir-faire, de prestations, d'assistance technique et commerciale qui a permis à de multiples personnes dépourvues de toute formation en matière de panification et de commercialisation du pain et des produits dérivés de gérer et d'exploiter avec succès un fonds de commerce de boulangerie »<sup>624</sup>. En effet, le succès des candidats franchisés prouve qu'un véritable savoir faire leurs a été transmis, et qui s'appuie sur des méthodes qui permettent à des candidats franchisés apprentis de disposer d'un concept de travail complet, et identifié par une marque de franchise protégée.

En effet, si l'existence du savoir-faire se rapporte, dans le cadre du contrat de franchise, à la notion de cause et donc à la formation du contrat, l'obligation de transmettre ce savoir faire entre dans le champ des obligations contractuelles essentielles du franchiseur, au niveau de l'exécution du contrat. Son non respect est susceptible d'entraîner la résiliation du contrat, ainsi que cela ressort clairement d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 2009.

Dans cette affaire, le franchisé fondait sa demande de résiliation sur l'absence de communication de certaines des informations imposées par l'article R. 330-1 du Code de commerce, sur l'absence de transmission du savoir-faire et sur l'absence d'assistance technique. Le moyen fondé sur l'absence de communication des informations légales est

---

*depuis sa conclusion* », *Juris-Data*, n° 2003-018805 ; Voir également Cass. com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-18599 : (Les auteurs du pourvoi ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 2008 ont à juste titre reproché à la Cour d'appel, qui avait rejeté leur demande de résiliation du contrat de franchise, de s'être bornée « à affirmer que le franchiseur avait fourni un savoir-faire eu égard à l'originalité du concept (...), sans rechercher si ce concept avait été gardé secret lors de l'exécution du contrat (...) ». Néanmoins, leur moyen est rejeté par la Cour de cassation, étant à la fois nouveau et mélangé de fait et de droit.

<sup>621</sup> Dictionnaire Permanent de droit des affaires, 4 janvier 2010, p. 1370.

<sup>622</sup> Paris, 24 janvier 1975, *PIBD* 1975, 3, p. 23.

<sup>623</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 30 octobre 1989, *D.* 1990, *somm.* p. 370.

<sup>624</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon, le 17 décembre 2009.

rejeté s'agissant d'une demande en résiliation du contrat de franchise, la Cour relevant à juste titre que « ces griefs, qui portent sur le respect par le franchiseur de la procédure précontractuelle, ne peuvent, de ce fait, servir de fondement à une demande de résiliation, celle-ci supposant qu'il soit démontré le non-respect d'obligations contractuelles ».

En revanche, le moyen fondé sur l'absence de transmission du savoir faire est examiné par la Cour, avant d'être également écarté, la Cour relevant qu' : « *un savoir-faire avait bien été transmis par la remise au franchisé, outre de la « Bible » du réseau, des éléments relatifs à l'agencement du magasin, à la présentation des produits et aux équipements commerciaux et informatiques* »<sup>625</sup>.

Par ailleurs, en vertu du principe de droit commun *actor incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*, la preuve de l'absence ou du manque d'originalité du savoir-faire incombe à celui qui l'invoque, c'est-à-dire au franchisé. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 18 mai 1999, la Cour a décidé qu' : « [...] *il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention; que l'arrêt retient que la société X ... et M. Y...ne versent pas aux débats la « bible commerciale » dont ils invoquent l'indigence et le manque d'originalité, faisant valoir qu'ils ont restitué ce document en fin de contrat au franchiseur, sans toutefois établir la preuve de cette restitution, dont la réalité est contestée par le franchiseur; que la Cour d'appel, qui déduit de ces constatations et énonciations que n'était pas rapportée la preuve du grief allégué, a, sans inverser la charge de la preuve, justifié sa décision* ». Toutefois, le franchiseur doit néanmoins rapporter la preuve qu'il a bien transmis un concept au franchisé<sup>626</sup>, à charge pour ce dernier de démontrer que ce concept ne répond pas aux caractères requis du savoir faire.

D'ailleurs, cette question d'originalité du savoir faire s'est largement posée par la suite en jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt du 9 octobre 1990, la Cour de cassation a annulé

---

<sup>625</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 2009, *RG*, n° 06/13301.

<sup>626</sup> Pour les cas où cette preuve n'est pas rapportée, v. CA Paris, 14 avril 1995, *juris-Data*, n° 021571 : «*la seule réelle prestation dont la société X... est à même de justifier, se limite à la fourniture d'un modèle de conversation téléphonique de quatre pages à la rédaction fort aérée et dépourvue de toute originalité*» ; Voir aussi dans ce sens CA Nîmes, 14 févr. 2006, *Juris-Data*, n° 301670.

un contrat de franchise pour défaut de cause du fait que « *le savoir-faire transmis n'était pas original* »<sup>627</sup>. En l'espèce, le franchisé connaissait déjà ou était à même d'acquérir seul le savoir-faire transmis par le franchiseur. Le savoir-faire doit donc être original et spécifique et se distinguer des règles techniques connues du franchisé en sa qualité de professionnel.

En effet, l'originalité du concept du savoir-faire représente l'un des principes constitutifs du contrat de franchise, car elle permet de réaliser un gain de temps et d'argent considérable, contrairement à d'autres procédés qui sont dépourvus de toute originalité ou qui se contentent de reproduire une brochure éditée par des syndicats professionnels, que le franchisé aurait été à même d'acquérir par ses propres moyens<sup>628</sup>.

De surcroît, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon, le 9 avril 2010, la Cour a décidé de mettre en avant l'originalité du système mis en place par le franchiseur, ainsi que la notoriété de la marque « *le Pétrin Ribeirou* », pour en déduire que : « *le savoir faire répondait aux exigences communautaires* ». En effet, cet arrêt fait référence à l'originalité du concept de savoir faire, qui fournit au candidat franchisé, notamment une méthode de pétrissage et de cuisson, ainsi qu'un levain permettant aux candidats franchisés n'ayant aucune connaissance particulière en matière de boulangerie, de fabriquer des pains biens identifiables, sans pour autant parler des méthodes de commercialisation très spécifiques à la marque « *le Pétrin Ribeirou* »<sup>629</sup>.

D'ailleurs, la jurisprudence avait déjà admis que : « *la description complète de la méthodologie, tant en ce qui concerne le procédé technique, que les aspects commerciaux et d'organisation du réseau, formaient un savoir faire substantiel, que le franchisé n'aurait pu découvrir qu'à la suite de recherches personnelles longues et coûteuses* »<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 octobre 1990, *JCP E*, 1991, I. 39, n° 5, obs. Azema ; Cass. com. 10 mai 1994, *RJDA* 1994, n° 1016.

<sup>628</sup> Paris, 29 septembre 1992, *D.* 1992, *IR.*, p. 277.

<sup>629</sup> Il faut néanmoins souligner que le tribunal de commerce de Rouen a rendu un arrêt le 29 septembre 2008, dans lequel il avait estimé que : « *le savoir-faire du franchiseur ne doit pas nécessairement être original ou spécifique. Sa réalité doit être évaluée en fonction de son « antériorité » et du « succès du réseau »*. D'ailleurs, quelques années auparavant, la Cour d'appel de Paris, avait déjà considéré, dans son arrêt du 7 juin 2006 que : « *la simplicité du concept* » *n'est pas de nature à remettre en cause l'existence du savoir-faire* ».

<sup>630</sup> Cass. Com., 1er juillet 2003. *D. affaires*, 2005, p. 154, obs. D. Ferrier.

Toutefois, la question qui se pose ici est celle de savoir si ce savoir-faire transmis peut-il être original s'il ne résulte que du regroupement de sources préexistantes? La réponse à cette question a été donnée par un arrêt du 10 octobre 1990, dans lequel « *le savoir-faire s'apprécie dans sa globalité: il peut se composer de divers éléments connus, dès lors que le franchisé ne serait en mesure de les acquérir par lui-même qu'au prix de recherches longues et coûteuses*<sup>631</sup>. *La condition d'originalité s'applique au savoir-faire lui-même et non au produit distribué, même dans les franchises de distribution* »<sup>632</sup>.

En outre, dans un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 4 juillet 1996, la Cour s'est prononcé en sens contraire, en déclarant, à propos d'une franchise de distribution, que : « *si les produits sont spécifiques, originaux et notoires et que des conseils adaptés sont prodigués par le franchiseur, une transmission de savoir-faire peut être constatée, même en l'absence d'originalité des méthodes de vente* »<sup>633</sup>.

Cependant, la Cour d'appel de Paris s'est montré certainement plus réservée que la Cour d'appel de Versailles, en estimant que : « *si un fournisseur se contente de livrer une sélection d'articles à un distributeur, l'on est plutôt en présence d'un contrat de distribution exclusive que d'une franchise* »<sup>634</sup>.

Par ailleurs, la transmission du savoir-faire doit être permanente, puisqu'elle doit se réaliser au moment de la formation du contrat et continuer pendant toute la période de son exécution<sup>635</sup>. En pratique, elle consiste souvent à remettre au franchisé une « bible », manuel de « recettes », qui doit permettre au franchisé de réitérer le succès du franchiseur.

De plus, en raison de son caractère évolutif, le franchiseur a pour obligation d'actualiser le savoir-faire pendant toute la durée du contrat, parce que le savoir faire est « une

---

<sup>631</sup>CA Dijon, 1<sup>ère</sup> chambre, 10 octobre 1990 in L. Vogel, « Droit de la distribution », *Collection JuriBases*, LawLex, Paris, 2005, n° 490, p. 743.

<sup>632</sup> Paris, 18 juin 1992, *D.* 1995. Somm. 76, obs. Ferrier; *RJDA* 1993, n° 106.

<sup>633</sup> Versailles, 4 juillet 1996, *Hédiard*, *LPA*, 7 janvier 1998, p. 14, note Marot.

<sup>634</sup> L. Vogel, « Droit de la distribution », *Collection JuriBases LawLex*, 2005, n° 492, p. 747.

<sup>635</sup> *Lamy Droit économique Concurrence, Distribution, Consommation*, 2010, p. 1570. ; voir aussi CA Paris, 21 juin 2006, *Juris-Data*, n° 2006-304912.

*valeur économique périssable* »<sup>636</sup>. Ce savoir faire doit être mis à jour, d'autant plus que le contrat de franchise est un contrat dont l'exécution s'étale dans le temps. C'est donc une obligation pour le franchiseur de renouveler, d'adapter son savoir faire au contexte économique. C'est elle qui cause l'obligation du franchisé de payer une redevance. La jurisprudence est en ce sens, qui exige un savoir-faire constamment mis à jour<sup>637</sup>. La franchise peut être résiliée pour faute du franchiseur, si ce dernier tarde à transmettre les documents nécessaires à la bonne mise en œuvre du savoir faire<sup>638</sup>.

Aussi, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 13 décembre 2005, la Cour a décidé que : « *le détournement du savoir faire, rendu possible en raison des relations contractuelles qu'elle avait dénoncées, lui avait permis de réaliser des économies importantes au détriment des susnommés ; que par ces constatations et énonciations caractérisant un comportement parasitaire fautif imputable à la seule société canadienne* »<sup>639</sup>.

Dans cette affaire, il s'agit d'une société canadienne dénommée *Softimage Inc*, devenue par la suite *Softimage Co*, qui a conclu, le 1<sup>er</sup> juin 1992, un contrat avec la société *Syn'x* lui permettant d'intégrer et de développer au sein du logiciel qu'elle exploite sous la dénomination Créative Environnement, les fonctions du logiciel d'assistance à la création d'images animées, dénommé *Character*, dont M. X... et Mme Y... sont les auteurs. La société *Softimage Inc* a dénoncé ce contrat, le 15 novembre 1994, à effet au 8 mars 1995 ; que la société *Syn'x*, M. X... et Mme Y..., prétendant que la nouvelle version du logiciel 3D de la société *Softimage Inc*, commercialisé en France par sa filiale, la *SARL Softimage*, dont le capital social a été repris par la société *Microsoft France*, constituait la contrefaçon du logiciel *Character*, ont poursuivi ces dernières en contrefaçon et en concurrence déloyale et parasitaire ; que l'arrêt attaqué (Versailles, 9 octobre 2003) a rejeté l'action en contrefaçon, mais a condamné la société *Softimage Co* à payer à M. X... et à Mme Y... la contre-valeur en francs français de la somme de 562 500 Dollars Américain de dommages-intérêts au titre du parasitisme ».

---

<sup>636</sup> D. Baschet, « La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou la franchise est en danger de mort », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 1256.

<sup>637</sup> Voir par exemple CA Paris, 15 oct. 2003, *Juris-Data*, n° 2003-225457.

<sup>638</sup> Paris, 10 mars 1989, *Quot. Jur.*, 1990, n° 6, p. 2.

<sup>639</sup> Arrêt rendu par la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, le 13 décembre 2005.

Par ailleurs, la portée de cet arrêt va être confirmé quelques années plus tard avec d'autres arrêts<sup>640</sup> rendus cette fois-ci par la Cour d'appel de Paris, au terme duquel : « l'existence d'un savoir faire du franchiseur consistant en l'organisation du premier réseau national de promoteurs immobiliers conférant des moyens nationaux à des professionnels régionaux reconnus pour leur expertise et leur connaissance du marché local. La transmission dudit savoir-faire s'effectue par le manuel de politiques et procédures adressé à chaque franchisé et explicitant les procédures et la méthodologie P. Norman., par la mise à disposition de l'intranet du réseau, ainsi que par l'organisation de réunions d'objectifs, outre divers conférences et séminaires »<sup>641</sup>.

D'ailleurs, le franchiseur, tenu de faire actualiser et évoluer son savoir-faire, est également tenu de ne pas en modifier la nature, au moins sans l'avoir testé auparavant en s'assurant de sa fiabilité et sans l'accord préliminaire de ses franchisés. La différence est d'importance primordiale, bien entendu, mais reste réelle. Ainsi, si on considère que le savoir-faire pourra d'autant plus évoluer quitte à être transformé, que le marché est menacé<sup>642</sup>. Un changement substantiel du savoir-faire sans l'acceptation du franchisé correspondrait à un refus d'exécution du contrat, aboutissant ainsi à des sanctions prévues par l'article 1184 du Code civil<sup>643</sup>.

Il faut également souligner que cette transmission peut revêtir différentes formes et c'est la jurisprudence qui en a pris l'initiative de les déterminer. Ainsi, dans une décision de la Cour d'appel de Paris, la Cour a pris en considération les éléments suivants pour établir la réalité de la transmission du savoir faire, à savoir : la participation du responsable de la franchise, à plusieurs reprises, à des stages de formation et à des réunions de franchisés, les conseils personnalisés adressés par le franchiseur au franchisé, l'assistance dans la conduite

---

<sup>640</sup> V. notamment CA Paris, 21 juin 2006, *Juris-Data*, n° 2006-304912.

<sup>641</sup> Arrêt rendu par la 4<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'appel de Paris, le 22 septembre 2010, n° 09/14659.

<sup>642</sup> Voir à ce titre, F.-L. Simon, qui évoque le cas de la franchise *Phildar* qui, du fil à tricoter, en est venue à s'intéresser à la distribution de vêtements en raison des évolutions du marché, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op.cit.*

<sup>643</sup> L'article 1184 du Code civil prévoit que : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

des campagnes publicitaires, et la transmission d'une série de produits spécifiques destinés à une clientèle spécialisée »<sup>644</sup>.

Il faut aussi rappeler à toute fins utiles que le savoir faire n'a pas obligatoirement à être transféré par écrit<sup>645</sup>, bien que la constitution d'une bible soit recommandée, ne serait-ce qu'à titre probatoire. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 11 décembre 2007, il a été décidé que : « *pour caractériser la réalité du savoir faire que le franchiseur remettait à chaque franchisé, lors de son entrée dans le réseau, une bible de 180 pages identifiant ses techniques propres et abordant les thèmes les plus importants à savoir le fonctionnement du magasin, les méthodes de vente, la formation et l'assistance* »<sup>646</sup>.

Par ailleurs, l'exploitation par le franchisé du savoir faire du franchiseur constitue l'objectif premier du contrat de franchise. Il s'agit naturellement, au même titre que la transmission du savoir faire par le franchiseur, d'une obligation primordiale du contrat. Aussi, commet une faute contractuelle, le franchisé qui ne respecte pas les normes de nomenclature comptable de gestion du réseau<sup>647</sup>.

De même, lorsque le concept impose l'exploitation d'un réseau de franchise, le franchisé commet une faute justifiant la résiliation du contrat à ses torts, en se contentant d'exercer une activité de livraison à domicile<sup>648</sup>. Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir sur quelle partie au contrat de franchise pèse la charge de la preuve de l'existence ou non de la transmission du savoir faire ? La réponse à cette question se présente sous forme d'une hypothèse vis-à-vis de laquelle le franchisé agit en résolution en invoquant l'absence de transmission du savoir faire. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 9 du Code de procédure civile<sup>649</sup>, c'est le franchisé qui est tenu de démontrer l'absence de transmission du

---

<sup>644</sup> CA Paris, 24 septembre 2008, *Juris-Data*, n° 2008-374079.

<sup>645</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 juin 2006, aux termes duquel : « la circonstance que lesdites techniques soient transférées oralement aux franchisés aux cours de stages de formation est sans influence sur la réalité du savoir faire considéré », *Juris-Data*, n° 2006-312420.

<sup>646</sup> CA Toulouse, 11 décembre 2007, *RG*, n° 06/02396.

<sup>647</sup> CA Nancy, 22 octobre 2008, *RG*, n° 00/00865.

<sup>648</sup> CA Paris, 18 mars 2009, *RG*, n° 07/01386 ; *Juris-Data*, n° 2009-002274.

<sup>649</sup> Cet article 9 du CPC prévoit qu' : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».



savoir faire par le franchiseur<sup>650</sup>. Par ailleurs, dans le cas où on suppose que l'article 1315<sup>651</sup> concerne l'obligation substantielle conflictuelle, dans ce cas, l'obligation de transmettre un savoir faire, la difficulté est tranchée par l'alinéa 2. Il reviendrait au franchiseur, tenu vis-à-vis de l'obligation de transmission du savoir faire, de justifier de son paiement, c'est-à-dire, de son exécution.

Pour conclure, il existe une grande ressemblance des définitions de la notion de savoir faire dans les différents Etats de l'Union Européenne, notamment du fait de l'influence du droit européen. Par ailleurs, même si le savoir-faire est défini par le droit français et communautaire, il n'est pas toujours aisé si un élément particulier du contrat se rattache à cet ensemble de connaissances. Contrairement à sa définition qui aboutit à de nombreux litiges, les méthodes de transmission du savoir-faire suscitent par contre moins de problèmes, ce qui implique qu'à partir du moment où le savoir-faire est effectivement transféré au franchisé, l'obligation du franchiseur à l'égard du franchisé est considérée comme satisfaite.

Ainsi, il s'avère désormais bien certain que la réussite économique des franchisés d'un réseau de franchise, constitue un élément décisif en matière de transmission du concept de savoir-faire du franchiseur. Les décisions de la jurisprudence étudiées ci-dessus, s'inscrivent tous dans ce mouvement jurisprudentiel, qui favorise largement l'essence même du concept du savoir faire et par conséquent satisfaire les critères posés par le droit communautaire, de ce que ce concept de savoir faire soit original, conférant ainsi aux candidats franchisés l'occasion de pouvoir profiter de la notoriété du réseau de franchise et dans un autre sens permettre au candidat franchisé de bénéficier d'une réussite sûre et certaine, ce qui prouve par la même occasion que ce savoir faire a été indispensable et utile au candidat franchisé pour pouvoir réaliser tout ce succès<sup>652</sup>, qui ne pourra ne pourra être réitérer sans l'existence d'une vraie obligation d'assistance technique et commerciale (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>650</sup> Il faut souligner que la Cour de cassation avait déjà admis que la preuve de la transmission du savoir faire pouvait découler de la reconnaissance de celle-ci par le franchisé dans le contrat », Cass. com., 10 mai 1994, pourvoi n° 92-11728.

<sup>651</sup> L'article 1315 du Code civil prévoit que : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

<sup>652</sup> Il faut souligner que cette notion d' « utilité » est contenue dans la définition de la substantialité du savoir-faire, dans le nouveau règlement communautaire.

## ***Sous-Paragraphe 2 : L'obligation d'assistance technique et commerciale.***

Le contrat de franchise est un contrat de collaboration, voire d'intérêt commun, dont il constitue l'archétype<sup>653</sup>. Ainsi, dans ces contrats de collaboration, cette collaboration implique le devoir de renseignement, d'assistance, de concertation, voire d'aide<sup>654</sup>. L'intérêt commun des deux parties au contrat, réside dans la fidélisation de la clientèle du franchisé-et par conséquent, de celle du réseau de franchise-et, lorsque-comme dans la majorité des cas-la redevance du franchiseur est assise sur le chiffre d'affaires du franchisé, dans l'importance de ce chiffre d'affaires<sup>655</sup>.

Ainsi, l'idée de la répétition de la réussite constitue l'élément essentiel, puisque, dans ce cadre le franchiseur et le candidat franchisé coopèrent, afin de défendre et de préserver leur intérêt commun, qui demeure dans la réussite du franchisé, et qui passe par la reproduction du concept créé par le responsable du réseau de franchise, c'est-à-dire par l'application du savoir faire du franchiseur et l'utilisation de ses signes distinctifs.

Ainsi, l'examen de l'objet de la franchise qui vise la répétition de la réussite et celle de la nature du contrat de franchise, qui constitue un contrat de collaboration d'intérêt commun, nous conduit vers le résultat impliquant que le franchiseur assiste le franchisé dans la mise en œuvre du concept, afin que celui-ci répète de sa réussite, dans l'intérêt commun des deux parties au contrat de franchise.

Dans ce cadre, cette obligation d'assistance prend une teinte particulière<sup>656</sup>. Il est en effet admis sans contestation aujourd'hui, que l'obligation d'assistance demeure, aux côtés de la transmission du savoir faire et de la concession de droits sur des signes distinctifs, l'une des trois obligations qui constituent à la fois les obligations essentielles du franchiseur et les critères de qualification du contrat de franchise. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a considéré que : « *l'obligation d'assistance s'imposait au franchiseur bien que le contrat ne*

---

<sup>653</sup> Th. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 605.

<sup>654</sup> *Ibid.*

<sup>655</sup> *Ibid.*

<sup>656</sup> Petites affiches, 2 novembre 2009, n°218.

*l'ait pas spécifiquement indiqué* »<sup>657</sup>. Cette obligation d'assistance technique est ainsi invoquée dans -la seule et laconique définition- attribuée par la législation française au franchise, aux prémices de l'évolution de ce système au niveau national, alors même que cette définition fait abstraction du savoir-faire<sup>658</sup>.

Ainsi, de l'étude de la jurisprudence en matière d'obligation d'assistance, ressort parfois une impression de flou, de contradiction entre les juges du fond qui imposent au franchiseur des obligations d'importance et de nature qui varie d'une législation à une autre. Par ailleurs, d'autres auteurs trouvent que : « *ce flou est propre à l'obligation d'assistance, si bien qu'elle paraît être la cousine pauvre au sein de la famille des critères d'identification du contrat de franchise : ce qu'incluent les signes distinctifs n'appelle pas beaucoup d'hésitation ; le savoir-faire est quant à lui défini par le droit communautaire*<sup>659</sup>, dont s'inspirent doctrine et jurisprudence internes, ainsi que le Code de déontologie européen de la franchise »<sup>660</sup>.

Pourtant, la doctrine insiste sur le fait que la franchise a pour objet la réitération de la réussite du franchiseur, par la mise à disposition d'un concept<sup>661</sup>, c'est-à-dire d'un procédé technique préalablement expérimenté. Or, l'assistance ne figure pas dans cette définition. En conséquence, lorsqu'on l'envisage par l'optique de l'objet de la franchise, cette obligation d'assistance technique et commerciale s'aperçoit comme devant assister ce qui constitue les deux moyens qui permettent la réalisation de cet objet, c'est-à-dire la réitération de la réussite : le savoir faire, qui permet au franchisé d'être aussi performant que le responsable du réseau de franchise, et les signes distinctifs, qui permettent au franchisé d'annoncer à la clientèle qu'elle trouvera dans son établissement des prestations de même qualité que celles qui l'ont conquis chez le franchiseur.

Cependant, la réitération de la réussite est effectuée par un commerçant indépendant. La liberté du franchisé est au cœur de la notion de franchise, ce terme étant

---

<sup>657</sup> CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data*, n° 2006-312416, comm. in F.-L. Simon, *Droit de la franchise*, LPA 2007, numéro spécial, n° 83, p. 27, V. Lamanda.

<sup>658</sup> Arrêté du 29 novembre 1973 relatif à la terminologie juridique et financière, pris en application du décret n° 72-19 du 7 janvier 1972 relatif à l'enrichissement de la langue française.

<sup>659</sup> Voir la partie de notre étude consacrée à la définition du savoir faire en droit communautaire.

<sup>660</sup> Petites affiches, 2 novembre 2009, n°218, F. Sergent.

<sup>661</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd. 2007, n°4.

lui-même dérivé de l'adjectif « *franc* », qui signifie comme on a vu « *de condition libre* »<sup>662</sup> et par conséquent le franchiseur ayant uniquement l'obligation d'assister le franchisé, il n'a pas à prendre les décisions à la place de ce dernier ; aussi, l'obligation d'assistance est une obligation de moyen, les décisions appartenant au franchisé lui-même<sup>663</sup>.

A coté de l'obligation de transmission du savoir faire du franchiseur, existe donc une autre obligation relative à la fourniture par le franchiseur d'une assistance technique et commerciale. D. Ferrier considère que : « *l'assistance technique est induite par le savoir-faire. L'assistance technique dans la franchise sert à deux objectifs : la mise au point du savoir-faire, notamment au moment de l'ouverture d'une franchise, et le recyclage du savoir-faire pendant la durée du contrat* »<sup>664</sup>.

Cette obligation essentielle est imposée pratiquement par tous les systèmes juridiques à l'égard du franchiseur<sup>665</sup>. Ainsi, le Code européen de déontologie de la franchise prévoit que : « *le droit d'utiliser le concept « autorise et oblige le franchisé (...) à utiliser l'enseigne et/ou la marque [...] le savoir faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique* »<sup>666</sup>.

En France, cette obligation d'assistance constitue un élément qui a été catapulté au premier rang grâce au savoir faire, c'est un élément primordial du contrat de franchise<sup>667</sup>. Dans ce cadre, le franchiseur est tenu de fournir de l'assistance technique et commerciale à son franchisé et cette obligation s'inscrit dans le cadre d'un objectif général de la franchise, qui vise la réitération du concept, et qui revêt deux formes : l'assistance proprement dite et le contrôle.

---

<sup>662</sup> Voir l'introduction de notre étude.

<sup>663</sup> V par exemple en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 28 juin 2002, *Juris-Data*, n° 2002-188814.

<sup>664</sup> D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », in *Mél. J.-J. Burst, Litec*, 1997, p. 157.

<sup>665</sup> Les lignes directrices sur les restrictions verticales prévoient que : « outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la Période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique ».

<sup>666</sup> C'est ce qui résulte des dispositions prévues par le Code européen de la déontologie de la franchise.

<sup>667</sup> Paris, 8 juillet 1997, *RJDA*, 1997, n° 1481.

L'assistance en elle-même se réalise à travers la fourniture par le franchiseur au franchisé d'un certains nombres d'éléments<sup>668</sup>, tels que la formation du franchisé et de ses salariés, de l'aide et des conseils pratiques en matière juridique, informatique...etc., surtout quand le candidat franchisé n'arrive pas à appliquer convenablement le concept du savoir faire du franchiseur, au sein de son entreprise. Or, l'assistance à elle seule ne suffit pas forcément à assurer le respect du concept par le franchisé. En effet, certains manquements au concept peuvent échapper à l'attention du candidat franchisé, surtout dans l'hypothèse où il vient de débiter son activité professionnelle. C'est pourquoi le franchiseur doit, au titre de l'obligation d'assistance, contrôler l'application du concept par le franchisé, afin d'identifier et de signaler au franchisé les défaillances de son exploitation, vis-à-vis du savoir faire<sup>669</sup>.

C'est à cette période que se manifeste davantage le flou qui se dégage en jurisprudence, quant à l'étendue des obligations du franchiseur. En effet, certains candidats franchisés cherchent à avoir une assistance quasi-quotidienne du franchiseur, pour l'ensemble de leur activité. Or, l'obligation d'assistance du franchiseur est, sauf dispositions contraire, délimitée par le concept<sup>670</sup>.

Néanmoins, c'est le juge qui dispose finalement de tous les pouvoirs nécessaires pour imposer des obligations aux parties, s'il pense constituer les suites du contrat, comme le stipule l'article 1135 du Code civil<sup>671</sup>. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 12 juillet 1993, les juge ont décidés que : « *le contrat doit être résilié aux torts du franchiseur*

---

<sup>668</sup> Il faut souligner ici que quel que soit son objet, l'assistance pendant l'exécution du contrat peut prendre la forme de diverses actions menées par un animateur qui fait l'intermédiaire entre le franchiseur et son candidat franchisé, en transmettant à ce dernier la stratégie du réseau de franchise ; de formations continues qui relayent la formation initiale ayant pour objectif de permettre à maîtriser le savoir faire qui doit être constamment renouvelé, la formation doit être continue. Or, tous les réseaux ne proposent pas cette formation continue et un certain nombre se contente de diffuser périodiquement des papiers internes ou des courriers électroniques ; de réunions régionales et de commissions thématiques, d'émulations du réseau : organisation de challenges entre les franchisés ou encore visites de contrôle », anonymes ou non, organisées par le franchiseur.

<sup>669</sup> Il faut rappeler ici que le franchiseur fournit de l'assistance à son candidat franchisé avant et après l'ouverture de l'entreprise. Ainsi, avant l'ouverture de l'entreprise, l'assistance peut consister ici en des conseils sur le choix de la situation et de l'aménagement, des conseils publicitaires et la formation du franchisé et de son personnel. Par ailleurs, après l'ouverture de la société franchisée, le franchiseur est dans l'obligation d'assurer le suivi de l'assistance initialement fournie pour l'ensemble des franchisés du réseau ou individuellement pour chacun d'eux. L'assistance comprend l'actualisation du savoir- faire et une éventuelle aide apportée au franchisé qui rencontre des difficultés.

<sup>670</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 3 octobre 1989, dans lequel il a été décidé que : « *le franchiseur n'est tenu de fournir au franchisé que l'assistance prévue au contrat* », pourvoi n° 87-20.189, *JCP E.*1989, I, n° 19205.

<sup>671</sup> Cet article prévoit que : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

*qui n'assure pas la promotion de la marque, dont la notoriété est la contrepartie nécessaire de l'investissement opéré par le franchisé »<sup>672</sup>.*

En revanche, la Cour d'appel de Paris a décidé de son côté, dans sa décision du 31 janvier 2002, de limiter l'étendue de cette obligation d'assistance qui pèse sur le franchiseur, en estimant que : « *le versement d'indemnités ou subventions ou le rachat de fonds de commerce à son prix de revient excèdent notablement l'assistance contractuellement due par le franchiseur »<sup>673</sup>.*

Mais, quelques années plus tard, c'est une autre Cour d'appel qui a décidé de rétablir l'étendue remarquable de l'obligation d'assistance dans son arrêt du 6 septembre 2007, dans lequel elle a considéré que : « *le franchiseur aurait l'obligation de vérifier que l'actualisation du savoir-faire<sup>674</sup> a été convenablement réalisée par le franchisé, l'obligation d'assistance pouvant aller jusqu'à une modification des éléments de la franchise qui apparaîtraient inadaptés, voire en mettant fin au contrat pour tenir compte de l'insuffisance de son offre de savoir-faire »<sup>675</sup>.*

Cependant, sauf à accepter que le candidat franchisé éprouve de façon perpétuelle des soucis dans l'application du concept, l'assistance technique et commerciale qui lui est due ne saurait être continue<sup>676</sup>. Ainsi, dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, le franchisé est autonome<sup>677</sup>, ce qui implique qu'il n'a pas besoin forcément

---

<sup>672</sup> Cass. com. 12 juillet 1993, Contrats Conc. Consom., 1993, n° 207, note Leveneur.

<sup>673</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 31 janvier 2002, in L. Vogel, « Droit de la distribution », Paris, *LawLex*, 2005, n° 500, p. 756.

<sup>674</sup> Il faut souligner ici que si le franchiseur a l'obligation de renouveler le savoir-faire en fonction notamment des évolutions économiques, techniques, et des goûts de la population, il commet au contraire une faute lorsqu'il transforme brutalement le concept franchisé, sans tester les modifications par exemple dans des établissements pilotes ni tenir informés les franchisés, notamment en changeant radicalement la clientèle visée, ou encore la qualité des produits, ce qui a pour effet une perte de clientèle pour les franchisés.

<sup>675</sup> CA Douai, 6 septembre 2007, n° 06/01777, SA Phildar c/X, D. 2007, AJ. 2303, obs. Chevrier.

<sup>676</sup> Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, rendu le 20 mars 2003, qui prévoit que : « l'assistance est due par le franchiseur de façon espacée dans le temps », *Juris-Data*, n° 2003-216322.

<sup>677</sup> Il faut rappeler qu'en tant que commerçant indépendant, le franchisé assume en principe seul les risques de son entreprise, dont il assure par ailleurs la gestion. L'assistance apportée par le franchiseur en matière de gestion doit donc être limitée à l'apport de méthodes, de conseils ou de logiciels, sans avoir pour objet - ou pour effet - de se substituer au franchisé dans la gestion de son entreprise.

d'une assistance quotidienne du franchiseur<sup>678</sup>. Ce dernier n'ayant l'obligation de fournir une assistance au candidat franchisé, que lorsque celui-ci rencontre des obstacles dans l'application du concept, ce n'est pas donc l'assistance qui est continue, mais seulement l'obligation du franchiseur de faire face aux difficultés rencontrées par son candidat franchisé<sup>679</sup>.

Par ailleurs, si le franchiseur, va au-delà de son obligation d'assistance en s'immisçant dans la gestion des affaires du franchisé et commet ainsi une faute, il pourra dans ce cas voir sa responsabilité engagée, en tant que gérant de fait. Ainsi, c'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 9 novembre 1993, au terme duquel : « *la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir condamné au comblement du passif le franchiseur qui détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société [franchisée], avait conservé la signature bancaire de celle-ci et préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement signés ensuite par la société [franchisée], établissait les déclarations fiscales et sociales et contrôlait l'embauche du personnel* »<sup>680</sup>. Néanmoins, il a été jugé que : « *la seule circonstance que [le franchiseur] ait tenu la comptabilité de la société [franchisée] au cours d'une période limitée dans le temps, ne suffit pas à caractériser la gestion de fait qui lui est imputée* »<sup>681</sup>. Toutefois, dans certains cas, lorsque le défaut d'assistance est accompagné de l'absence de transmission d'un savoir faire, le contrat de franchise peut être annulé pour défaut de cause<sup>682</sup>.

De surcroît, aux États-Unis, le franchiseur a l'obligation de fournir une assistance au franchisé, puisque la définition même de la franchise inclut les critères de contrôle ou d'assistance significatif du franchiseur à l'égard du franchisé. Concrètement, l'assistance significative inclut la prestation de formations pratiques, la fourniture de systèmes de

---

<sup>678</sup> J.M. Leloup considère néanmoins que : « *la franchise est un contrat d'enseignement continu* », ce qui implique donc que le franchiseur est tenu d'une obligation d'assistance à l'égard de son franchisé tout au long de l'exécution du contrat., « La franchise: droit et pratique », Paris, Delmas, 4<sup>ème</sup> éd. 2004.

<sup>679</sup> Il faudra encore que le franchiseur ne soit pas dans l'ignorance totale des difficultés rencontrées par son franchisé ; V. pour cette question F.-L. Simon, « Théorie et Pratique du droit de la Franchise », *Joly*, 2009, n° 240.

<sup>680</sup> Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-18.351.

<sup>681</sup> CA Paris, 4 avr. 2003, *Juris-Data*, n° 215773.

<sup>682</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, le 27 novembre 2001, *Juris-Data*, n° 176699.

comptabilité, de conseils personnels ou de commercialisation, le choix du site d'implantation de l'entreprise franchisée ou encore la communication d'un manuel détaillant la marche à suivre<sup>683</sup>. En revanche, la situation est tout autre en Espagne, où l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> (c) de la loi espagnole prévoit que l'assistance doit être fournie pendant toute la durée du contrat, mais aucune indication précise n'est fournie quant à son contenu<sup>684</sup>.

En outre, en droit italien, le franchiseur est dans l'obligation de se soumettre à cette obligation d'assistance pendant toute la durée du contrat. Il s'agit selon V. G. Zuddas : « *d'une obligation liée à l'intégration du franchisé dans un système de commercialisation et à la création du réseau, dont il faut garantir l'image uniforme* »<sup>685</sup>. Cependant, la loi italienne ne comporte aucune clause à ce sujet, c'est pourquoi il n'est pas aisé de préciser le contenu exact de cette obligation. Mais, le franchiseur dispose néanmoins d'un droit d'inspection sur l'entreprise du franchisé, afin de contrôler et de s'assurer de la bonne application par le franchisé de son concept du savoir faire.

Cette assistance fournie par le franchiseur au franchisé se manifeste donc réellement, dans le cadre de la mise en œuvre du savoir faire. Ainsi, le contenu du savoir faire influence alors directement le contenu de l'obligation d'assistance technique et commerciale. Le savoir faire est par définition « *secret* »<sup>686</sup> ou encore « *original* »<sup>687</sup>, ce qui implique qu'il se distingue des règles de la pratique correspondante à l'activité objet de la franchise considérée, et qu'il apporte, par rapport à ces règles, un enseignement supplémentaire<sup>688</sup>. Il n'est pas demandé que le savoir faire soit original dans chacune de ses composantes<sup>689</sup> : cette méthode peut contenir des éléments faisant partie de la base du

---

<sup>683</sup> V. U.S. v. Lasseter, 2005-2 Trade Cas. (CCH) 74895, 2005 wl 1638735 (M.D. Tenn. 2005).

<sup>684</sup> Voir dans ce sens C.A. Giner Parreno, Distribucion y libre competencia (el aprovisionamiento dei disribuidor), Madrid, *Montecorvo*, 1994, p. 77.

<sup>685</sup> V. G. Zuddas, Somministrazione, concessione di vendita, franchising, cil.

<sup>686</sup> Voir le Règlement CE n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 relatif à l'application de l'article 81, § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* législation n° L. 330 du 20 avril 2010, p. 21-25, art. 1<sup>er</sup>, e).

<sup>687</sup> Voir par exemple l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 6 avril 1999, pourvoi n° 96-20048.

<sup>688</sup> F.-L. Simon, « Théorie et Pratique du droit de la Franchise », *Joly*, 2009, n° 210, p. 146.

<sup>689</sup> Le Règlement CEE n°330/2010 du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 85-3 du Traité à des catégories d'accords de franchise (*JOCE* législation, n° L. 330, p. 46-52 du 20 avril 2010), l'indiquait expressément.



métier, voire être complètement composée d'éléments connus, l'originalité reposant alors dans la combinaison de ces éléments<sup>690</sup>.

L'assistance imposée à l'égard du franchiseur étant délimitée par le savoir faire, ce qui implique qu'elle n'est due que s'agissant de la mise en œuvre dudit savoir faire et non pour la mise en application des éléments du métier qui n'y sont pas inclus.

Aujourd'hui, dans le contexte de la crise économique mondiale, qui a secoué l'économie de la plus part des pays du monde et surtout les pays de l'Europe (plus particulièrement la Grèce...etc.), cette obligation d'assistance technique et commerciale paraît comme un élément primordial et indispensable pour atténuer, au moins légèrement, les méfaits de cette crise économique. Ainsi, cette crise économique aura comme conséquence, dans les prochaines années à venir, l'augmentation des conflits en la matière : asphyxiées par la crise économique mondiale, beaucoup de réseau de franchise ont eu tendance à concentrer leurs forces sur l'évolution et l'augmentation du nombre de franchisés, pour essayer justement de redresser leurs finances, quitte à sacrifier certaines obligations qui pèsent sur les franchiseurs qui doivent néanmoins liés à l'égard des franchisés par une obligation d'assistance technique et commerciale.

Cependant, cette obligation d'assistance technique et commerciale du franchiseur est limitée par le principe d'autonomie du candidat franchisé, qui doit exercer sa fonction en toute liberté, sans pour autant être dérangé par d'éventuelle intrusion du responsable du réseau de franchise<sup>691</sup>. A. Rolland déclare dans ce sens qu' : *« il ne fait aucun doute que la réussite professionnelle des individus dépend pour une large part des motivations qui les animent. Il convient donc de préserver l'indépendance juridique des concessionnaires et des franchisés, afin que, responsable de la gestion du point de vente et directement intéressés aux résultats, ils soient incités à faire preuve de dynamisme et de compétence, pour leur propre profit et celui de la clientèle. [ ... ] L'indépendance juridique porte en elle le principe de la pleine*

---

<sup>690</sup> Voir par exemple dans ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009.

<sup>691</sup> Il faut souligner ici qu'en pratique, le contrat de franchise prévoit généralement les modalités et les domaines concernés par l'assistance fournie par le franchiseur. Le rédacteur du contrat doit alors prendre garde aux limites maximales de l'obligation d'assistance, qui découlent principalement du nécessaire respect de l'indépendance du franchisé : risques de requalification en contrat de travail, gérance de fait, soutien abusif, etc.

*responsabilité [...]. Pleinement responsables de leurs activités, les concessionnaires et les franchisés devront faire preuve au plan commercial de tout le dynamisme et la compétence nécessaire, pour leur éviter de succomber aux risques de l'entreprise »<sup>692</sup>.*

Mais, ce dernier reste néanmoins redevable à l'égard de son franchisé d'une obligation d'assistance technique et commerciale qui lui impose de fournir un véritable appui à ses candidats franchisés<sup>693</sup>, surtout dans le contexte de la crise économique, qui ne peut qu'augmenter les difficultés à laquelle peuvent être confrontés ces franchisés.

Ainsi, se pose alors la question de la suffisance et de l'efficacité de cette assistance fournie par le franchiseur à son franchisé ? C'est la jurisprudence qui a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt rendu le 24 septembre 2008, a considéré qu' : « *un franchiseur avait fourni une assistance « amplement suffisante » à son franchisé en lui proposant de reprendre ses stocks invendus, d'annuler les factures correspondantes, de mettre en place un échancier, et enfin, de formuler des propositions écrites pour augmenter le chiffre d'affaires et améliorer l'exploitation »<sup>694</sup>.*

Par ailleurs, la jurisprudence exige pour reconnaître le fait que le franchiseur a failli à son obligation d'assistance, que le franchisé en fasse expressément la demande. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 2009, dans lequel la Cour a estimé que : « *le franchisé n'ayant formulé aucune demande d'aide, il ne peut légitimement se plaindre que son franchiseur ne se soit pas porté à son secours ».*

De surcroît, ce contexte de crise économique mondiale ne serait jamais justifier auprès de la jurisprudence le fait, qu'un franchisé puisse invoquer le manque d'assistance du franchiseur, alors qu'il a failli à ses obligations financières. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt rendu le 18 mars 2009, n'a pas manqué de pointer les manquements du franchisé pour le débouter de ses demandes. En l'espèce, ce franchisé qui, après avoir «

---

<sup>692</sup> A. Rolland, « La situation juridique des concessionnaires et des franchisés membres d'un réseau commercial », thèse de doctorat, Université de Rennes, 1976, p.1.

<sup>693</sup> A. S. Konigsberg et A.-M. Gauthier, « Relation franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27, *R.J.T.* p.633 et s.

<sup>694</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 septembre 2008.

*oublié*» de régler ses redevances mensuelles pendant plusieurs mois, a voulu obtenir la résiliation du contrat aux torts du franchiseur, au motif que ce dernier aurait manqué à son devoir d'assistance ».

Enfin, on pourra en déduire de tout ce qui précède que l'obligation d'assistance technique et commerciale est une obligation principale du franchiseur, une obligation essentielle du contrat de franchise qui répond aux besoins des deux parties au contrat de franchise. Ainsi, le franchisé profitera d'un support continu dans l'exercice de son activité, dans le but de bien profiter de la franchise dans de bonnes conditions et le franchiseur pourra ainsi exploiter le succès et l'image uniforme du réseau auprès de la clientèle (**Paragraphe III**).

### **Paragraphe III :**

#### **Les obligations non spécifiques relatives à l'image du réseau**

Le système de la franchise, repose sur le savoir faire du franchiseur qu'il l'a développé, ce qui explique ainsi que la quasi-totalité des obligations du franchiseur sont à sa charge. Le franchiseur doit ainsi, d'abord, développer un savoir-faire correspondant à un savoir faire pouvant faire l'objet d'une franchise ou « *franchisable* », c'est-à-dire, secret, substantiel et identifié, qui a donc nécessairement été testé auparavant pour bien démontrer son efficacité. Dans ce cadre, l'existence de ce que l'on appelle dans le jargon de la franchise « *une installation pilote* » constitue une espèce de magasin modèle, où l'on expérimente et l'on perfectionne le savoir faire.

Ce savoir-faire doit alors être transmis au franchisé de façon efficace, par la remise de documents d'informations précontractuelles... etc., et cette obligation continue de produire ses effets tout au long du processus contractuel. Ce qui implique que le franchiseur est dans l'obligation d'adapter, et de faire évoluer, de manière permanente, son savoir faire. Il a également une obligation d'assistance à l'égard de son franchisé et qui constitue une

obligation inhérente au contrat de franchise<sup>695</sup>. Il doit par ailleurs réaliser des campagnes publicitaires de façon à assurer la renommée du réseau (**Sous-Paragraphe 1**).

En pratique, les contrats de franchise font souvent la part entre la publicité nationale, réalisée par le franchiseur et payée pour partie par un versement des franchisés et la publicité locale, réalisée et payée par le franchisé mais sous le contrôle du franchiseur (**Sous-Paragraphe 2**). Le franchiseur doit également contrôler les franchisés de façon à assurer l'unité et la pérennité du réseau de franchise, qui se distingue des autres réseaux par des signes distinctifs assez particulier, dont le franchiseur est tenu de les protégés (**Sous-Paragraphe 3**).

#### *Sous-Paragraphe 1 :*

##### *Les obligations visant à assurer la renommée du réseau et le contrôle du respect du savoir faire.*

La première de ces obligations ayant pour objectif de garder intact la renommée et la notoriété du réseau<sup>696</sup>, réside dans le fait que le franchiseur doit effectuer assez souvent des contrôles visant à s'assurer du respect de son savoir faire par le franchisé. Ainsi, les clients qui se rallient spécifiquement à un réseau, grâce à l'enseigne et/la marque, ont toujours envies de profiter d'un certain nombre de prestations et de services de qualité que le franchisé a acquis grâce à la communication du savoir faire de son franchiseur.

Par ailleurs, si un franchisé ne respecte pas le savoir faire transmis par le franchiseur, cela peut avoir comme conséquence de pâtir l'image et la notoriété du réseau de franchise tout entier<sup>697</sup>, ce qui implique que le franchiseur doit exercer son devoir de contrôle

---

<sup>695</sup> Voir la partie de notre étude consacrée à l'obligation d'assistance.

<sup>696</sup> Il faut souligner ici que l'obligation de maintenir l'image du réseau a pour premier effet de rendre impératif le contrôle du respect du savoir faire par les entreprises franchisés. Néanmoins, l'image du réseau, si elle dépend de façon fondamentale du respect du savoir faire, est également liée à son importance, c'est-à-dire au nombre d'établissements exploités sous l'enseigne dont l'usage est concédé au franchisé.

<sup>697</sup> R. Fabre, « La franchise, un ménage à trois », *Cah. dr. entr.* 1999, n° 5, p. 26.

sur les franchisés, parce que d'une part cela fait partie de l'essence des réseaux de distribution intégrée<sup>698</sup>, et d'autre part, il doit s'assurer du respect par ces derniers de son savoir faire<sup>699</sup>.

Des auteurs comme J.E. De Cockborne, considèrent dans ce sens que : « *le fait que la satisfaction ou le mécontentement des clients soit directement associé au nom du franchiseur justifie en particulier le fait que le franchiseur doive exercer un contrôle Plus étroit sur les franchisés pour maintenir la réputation du réseau* »<sup>700</sup>. En outre, Ph. Le Tourneau estime que : « *le franchiseur a le devoir, vis-à-vis de l'ensemble des franchisés pour sévir contre les perturbateurs* »<sup>701</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence considère de son côté que : « *le franchiseur a le devoir de réagir contre d'éventuelle dénigrement de son réseau de franchise, à condition néanmoins que ce dénigrement soit suffisamment grave pour que la responsabilité du franchiseur resté passif soit engagée* »<sup>702</sup>.

Dans ce cadre, le contrat de franchise prévoit des dispositions ayant pour principale mission d'organiser le contrôle du franchiseur. D'ailleurs, les leviers de ce contrôle doivent inspirer l'adhésion des individus aux buts de l'organisation, baliser le territoire d'expérimentation et de compétition, coordonner et piloter l'exécution des stratégies du moment, stimuler et guider la recherche de stratégies futures. Ainsi, ces contrôles sont l'occasion idéale pour contrôler la conformité de l'activité du franchisé avec le savoir faire communiqué, ce qui donne lieu, éventuellement à des rappels à l'ordre. Le franchiseur ou son représentant qui exerce le contrôle peut le faire à tout moment, soit en informant auparavant le franchisé qui va faire l'objet du contrôle, ou soit il peut faire appel à des clients « mystères ».

De surcroît, afin de s'assurer de la conformité des actions du franchisé aux règles, le franchiseur dispose aujourd'hui de plus en plus des technologies modernes de l'information, qui lui donne l'opportunité de suivre de manière réelle, une multitude de paramètres et d'avoir

---

<sup>698</sup> M. Behar-Touchais, G. Virassamy, « Les contrats de distribution », *LGDJ*, 1999, n° 890.

<sup>699</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *Litec*, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 691.

<sup>700</sup> J.-E. De Cockborne, « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, avril-juin 1989, p. 181 et s.

<sup>701</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 91.

<sup>702</sup> CA Rennes, 30 mars 1994, *Juris-Data*, n° 049910.

ainsi connaissance de très nombreuses informations relatives à l'activité du franchisé<sup>703</sup>. La collecte de ces informations peut donc se faire à moindre coût pour le franchiseur et à n'importe quel moment. En dehors de la réalité même de l'utilisation de l'information, le simple fait que la possibilité existe à un effet disciplinant sur le franchisé et permet ainsi d'exercer une surveillance panoptique des opérations dans tout le réseau.

Ainsi, le contrôle du franchiseur sur le franchisé se réalise à travers un contrôle technique de conformité des conditions de délivrance de la prestation<sup>704</sup> (contrôle de gestion<sup>705</sup>, des services...etc.), consolidé par un *reporting* assez formalisé de suivi de l'efficacité de l'exploitation et par un accompagnement des hommes autour de la transmission des savoir faire. Ce contrôle doit donc porter uniquement sur le respect des normes qui font partie du savoir faire<sup>706</sup>, mais en est-il de celles relatives à la publicité (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### ***Sous-Paragraphe 2 : L'obligation d'assurer la publicité de réseau***

Le franchiseur et le franchisé ont tous les deux intérêts au développement de la notoriété et de la renommée du réseau de franchise, qui ne peut se faire sans l'existence d'une réelle obligation de publicité. Dans ce contexte, c'est le contrat de franchise qui organise généralement les obligations des parties en matière de publicité. Dans la majorité des cas, le franchiseur régit la publicité nationale du réseau, alors que le franchisé organise la publicité locale autour de son point de vente soit, le cas échéant, dans sa zone d'exclusivité. Parfois, cependant, le franchiseur organise également en partie la publicité locale<sup>707</sup>.

---

<sup>703</sup> C'est le cas par exemple des logiciels informatiques d'exploitation confiés au franchisé, et qui permettent au franchiseur d'avoir un accès distant aux informations enregistrées sur ces logiciels et à propos desquelles il dispose d'un droit d'accès.

<sup>704</sup> Ce contrôle doit néanmoins s'exercer par le franchiseur en respectant l'indépendance du franchisé, pour éviter ainsi une immixtion dans les affaires du franchisé.

<sup>705</sup> Il faut souligner que le contrat de franchise peut prévoir également que le franchisé communique à son franchiseur, à une fréquence définie, ses documents comptables et particulièrement son chiffre d'affaires, ce qui permet au franchiseur d'identifier les franchisés qui ont un chiffre d'affaires inférieur à celui de la moyenne des établissements du réseau, et de rechercher l'origine de cet écart.

<sup>706</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, droit et pratique », *Delmas.*, 4<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 1214.

<sup>707</sup> Petites affiches, 13 novembre 2009- n° 227.

Ainsi, Ph. Le Tourneau considère que : « *l'obligation de développer la notoriété du réseau pèse sur le franchiseur* »<sup>708</sup>, et de ce fait, il est dans l'obligation de mener régulièrement<sup>709</sup> et dans la mesure du possible- de façon répétée-des campagnes publicitaires et promotionnelles profitant à l'ensemble du réseau<sup>710</sup>. Par ailleurs, cette campagne publicitaire se concrétise réellement à travers des affichages, de spots télévisés, d'encarts dans des journaux, de prospectus...etc.<sup>711</sup>. En cas de différend, la réalité des opérations publicitaires et promotionnelles pourra ressortir non seulement de ces documents, mais également de l'importance du budget qui leur aura été consacré<sup>712</sup>.

D'ailleurs, dans le cadre du financement de ces campagnes publicitaires, c'est les franchisés qui sont tenus de verser des redevances publicitaires. Mais, F.L. Simon trouve que : « *l'affectation de ces redevances, ainsi que les obligations mises à la charge du franchiseur dans le cadre de la gestion du budget publicitaire, ne sont pas nécessairement définies dans le contrat de franchise* »<sup>713</sup>.

Dans ce cadre, le contrat de franchise peut exiger du franchiseur d'effectuer lui-même la publicité, sans pour autant préciser ni la dimension des redevances qui sera affectée à chacun des postes, ni l'importance de la charge de la publicité due. Dans ce contexte, la Cour d'appel de Paris avait estimé que : « *le franchiseur n'engage pas sa responsabilité en diminuant la part des redevances consacrée jusqu'alors à la publicité, lorsque ce quota n'est pas défini dans le contrat* »<sup>714</sup>.

De surcroît, dans une autre affaire dont a eu à connaître la Cour d'appel de Lyon, à la fin de l'année 1994, la Cour a décidé que : « *le franchisé ne peut pas non plus alléguer que le franchiseur aurait commis une faute dans sa politique publicitaire lorsque les choix qui ont*

---

<sup>708</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 445 et 537.

<sup>709</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 25 septembre 1998, *Juris-Data*, n°024245.

<sup>710</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 1994, pourvoi n° 92-10.111.

<sup>711</sup> CA Toulouse, 26 mars 1992, *Juris-Data*, n° 042566.

<sup>712</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993, pourvoi n° 91-18.215.

<sup>713</sup> F.-L. Simon, « Droit de la franchise », *Les Petites Affiches*, n° spécial, avant-propos, V. Lamanda, 15 nov. 2007, nos 100 et s. p. 30.

<sup>714</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 24 avril 1989, *Juris-Data*, n° 021441.

*été effectués à ce titre ont été bénéfiques au réseau »<sup>715</sup>. De même, la Cour d'appel de Chambéry avait considéré, dans son arrêt du 30 mai 2006, que : « le franchiseur ne peut se voir reprocher le fait d'avoir organisé un faible nombre d'opérations publicitaires, en raison soit de l'absence d'engagement précis quant au nombre, à la périodicité et à la consistance des campagnes de publicité nationales »<sup>716</sup>, soit de « l'absence de preuve par le franchisé que les redevances de publicité encaissées auraient permis de financer d'autres campagnes ou des campagnes d'une autre nature »<sup>717</sup>.*

De plus, dans un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy, le 22 octobre 2008, le franchisé tentait d'imputer la résiliation anticipée du contrat de franchise au franchiseur, en se fondant notamment sur les poursuites dont ce dernier avait fait l'objet pour publicité mensongère. Son argumentation n'a cependant pas été accueillie, la Cour relevant que : « le franchisé ne justifiait d'aucune sanction prononcée à son égard ni d'aucun préjudice résultant des poursuites elles-mêmes »<sup>718</sup>.

Par ailleurs, si le contrat de franchise détermine de manière précise la charge publicitaire à laquelle le franchiseur s'engage, et plus précisément les contributions qui sont liées à tel ou tel poste de publicité, le franchiseur ne saurait dans ce cas, modifier les dispositions définies au contrat sans l'avis favorable et préalable du franchisé<sup>719</sup>, alors même que la plupart des franchisés se serait d'accord avec cette modification<sup>720</sup>. Aussi, lorsque le contrat de franchise prévoit la consultation d'une commission de franchisés, le franchiseur n'a pas à décider seul de la démarche à suivre en matière publicitaire<sup>721</sup>.

Toutefois, le franchisé ne saurait reprocher au franchiseur d'avoir financé une partie de la publicité locale, au-delà de ses engagements contractuels<sup>722</sup>. Ainsi, l'affectation des redevances publicitaires à la publicité locale ou à la publicité nationale peut être soumise à

---

<sup>715</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Lyon, rendu le 13 décembre 1994, *Juris-Data*, n° 048772.

<sup>716</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, rendu le 30 mai 2006, *Juris-Data*, n° 312337.

<sup>717</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, rendu le 10 oct. 2006, *Juris-Data*, n° 322011.

<sup>718</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Nancy, rendu le 22 octobre 2008, *RG*, n° 00/00865.

<sup>719</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 3 janvier 1996, dans son pourvoi n° 94-12.314.

<sup>720</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux, le 24 janv. 2007, *RG*, n° 04/06592.

<sup>721</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 22 oct. 1992, *Juris-Data*, n° 023058.

<sup>722</sup> Trib. com. Paris, 5 novembre 2002, *Juris-Data*, n°199793.



certaines conditions, comme le démontre l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 26 mai 2009. En l'espèce, le franchisé reprochait au franchiseur d'avoir affecté à la publicité nationale des sommes destinées à la publicité locale. Le franchiseur établissait qu'après avoir reçu une lettre émanant du franchisé à ce sujet, il avait offert à ce dernier de lui restituer les sommes litigieuses dès que les justificatifs des frais exposés par le franchisé pour la communication locale lui auraient été adressés, et ce en se basant sur les dispositions prévues au contrat.

Le franchisé n'ayant jamais adressé ces justificatifs, la Cour d'appel a pu rejeter la demande du franchisé tendant à la résiliation du contrat aux torts du franchiseur, puisque « *ni l'affectation des sommes litigieuses à la communication nationale, ni l'absence de restitution de ces sommes ne constituaient un manquement du franchiseur à son devoir de loyauté envers le franchisé* »<sup>723</sup>.

Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir si le franchiseur doit avoir plus de liberté pour gérer seul le budget publicitaire ou non. De manière évidente, la réponse est positive, puisque c'est l'enseigne et l'image du franchiseur qui sont en jeu. Par conséquent, il doit avoir un pouvoir décisionnaire sur ce qui constitue sa propriété, et les franchisés ne sont que les éphémères dépositaires de l'enseigne. De même, la Cour d'appel de Toulouse considère que : « *le titulaire d'une marque (le franchiseur) est entièrement libre de choisir la communication qu'il souhaite pour promouvoir et faire connaître sa marque et la stratégie publicitaire à mener* »<sup>724</sup>.

### ***Sous-Paragraphe 3 : Les obligations relatives à la marque et à l'enseigne.***

Parmi les caractéristiques essentielles inspirée par la définition du contrat de franchise, la concession par le franchiseur au franchisé de droits sur les signes de ralliement de la clientèle, dénommés « *signes distinctifs* »<sup>725</sup>, par les lignes directrices sur les restrictions

---

<sup>723</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 26 mai 2009, dans son pourvoi n° 08-13194.

<sup>724</sup> CA Toulouse, 25 juin 1998, *Juris-Data*, n° 042797.

<sup>725</sup> Voir par exemple en ce sens la législation américaine dans laquelle, la mise à disposition d'un signe distinctif constitue un critère de reconnaissance du contrat de franchise, le franchiseur attribue toujours un droit d'usage de

verticales<sup>726</sup>. Ce sont ces signes<sup>727</sup>, et en particulier le nom commercial, la marque<sup>728</sup> et l'enseigne<sup>729</sup>, qui permettent en effet à la clientèle d'identifier le franchisé comme faisant partie du réseau, et donc d'attirer la clientèle attachée à celui-ci<sup>730</sup>; ces signes sont donc essentiels à la réitération du succès commercial qui est au centre de la franchise<sup>731</sup>.

L'importance des signes distinctifs en matière de franchise se manifeste vis-à-vis d'un certains nombres d'éléments, tel est le cas par exemple des informations concernant la marque paraissent parmi celles qui doit paraître au sein du document d'information précontractuelle, au titre de l'article L. 330-3 du Code de commerce<sup>732</sup>.

La jurisprudence<sup>733</sup> a déjà confirmé la nécessité de la mise à disposition d'une marque et/ou d'enseigne, afin que le contrat soit qualifié de contrat de franchise. De même, le règlement européen n° 4087/88 CEE de 1988 prévoyait dans son article 1<sup>er</sup> b qu' : « *un accord de franchise doit comprendre l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs* »<sup>734</sup>. Dans le même sens, le règlement communautaire n° 2790/1999 CE de 1999, et ces lignes

---

sa marque au franchisé, conformément aux dispositions de l'article 16 CFR § 436.1(h)(I), FR vo1.72 , 30 mars 2007, p. 15544. Voir aussi le droit allemand en vertu duquel le franchiseur doit mettre à la disposition de son candidat franchisé des signes distinctifs, comme par exemple : la marque, l'enseigne commerciale, voir même des équipements et des slogans. Ainsi, la marque doit permettre l'identification du franchisé comme membre du réseau.

<sup>726</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE, Communication de la Commission n° C. 291 du 13 oct. 2000, p. 1-44.

<sup>727</sup> Ces signes distinctifs regroupent: les marques qui désignent des produits et services, si le signe désigne autre chose que des produits ou services, il s'agira: du nom commercial qui vise à distinguer les fonds de commerce, de l'enseigne qui individualise la localisation du fonds de commerce, de la dénomination sociale qui désigne une personne morale, du nom de domaine qui désigne un site internet.

<sup>728</sup> La marque est définie par le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle comme étant « *un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ».

<sup>729</sup> L'enseigne est « la désignation matérielle, extérieure et visible d'un établissement commercial, annonçant au public l'existence de l'établissement et le distinguant des magasins voisins ou concurrents ».

<sup>730</sup> C'est le cas également en Italie où il ressort de l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2004 que le franchiseur doit transférer au franchisé les signes distinctifs afin que le système présente une image commerciale homogène face aux consommateurs ; Voir également G. Colangelo, « Prime note di commento alla normativa in materia di franchising », *Corr.giur.*, 2004, p. 851 et s.

<sup>731</sup> En vertu du principe *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*, le franchiseur ne peut remplir son obligation de transmettre au franchisé des droits sur les signes distinctifs, doit en être préalablement titulaire.

<sup>732</sup> Voir la partie de notre étude consacrée à l'obligation d'information précontractuelle.

<sup>733</sup> Pour la jurisprudence française, voir par exemple l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 6 mai 2003, dans son pourvoi n° 01-00.515, *Lettre distrib.*, juillet 2003 ; Pour un exemple relatif à la jurisprudence communautaire, voir en ce sens l'arrêt de la C.J.C.E., rendu le 28 janvier 1986, dans l'affaire n° 161/84, Rec. CJCE, p. 353, att. 13 et 15.

<sup>734</sup> Dispositions prévues à l'article 1<sup>er</sup> (b) du règlement européen n° 4087/88 CEE de 1988, précité.

directrices du 13 octobre 2000, impose la nécessité d'une licence de droits de propriété intellectuelle.

En ce qui concerne la doctrine, elle considère que la mise à disposition de ces signes distinctifs est primordiale pour la franchise<sup>735</sup>. Toutefois, la franchise est un contrat de «*réitération d'une réussite commerciale grâce à la mise en oeuvre d'un savoir-faire commercial*»<sup>736</sup>. La marque a ainsi un rôle important en matière de franchise, puisqu'elle permet d'identifier les produits ou les prestations qui sont le fruit d'un savoir faire bien réussi, surtout sur le plan commercial. En plus, la doctrine estime que : «*les signes distinctifs notoires et l'assistance du franchiseur, sont, par rapport au savoir-faire, des éléments induits. Ils ne sont que la conséquence de son application : la notoriété est obtenue par la réitération du savoir faire ; l'assistance est appelée par la mise en oeuvre du savoir-faire* »<sup>737</sup>.

Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article L. 714-2 du Code de la propriété intellectuelle : «*les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive* »<sup>738</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un réseau de franchise, cette concession de licence d'exploitation ne peut être que non exclusive, ce qui implique que le franchiseur, titulaire de la marque, est en droit d'en contrôler l'exercice qui en est fait par le franchisé.

C'est le cas aussi de la transmission par le franchiseur au franchisé de droits sur les signes distinctifs - ce qui suppose la détention par le franchiseur de tels droits - est l'une des obligations essentielles du franchiseur, ce qui entraîne deux conséquences : l'absence de transmission de ces signes distinctifs entraîne la nullité du contrat pour absence de cause ; le franchiseur qui ne maintient pas ces droits sur les signes distinctifs, et/ou ne défend pas la notoriété de ceux-ci, voit sa responsabilité contractuelle engagée<sup>739</sup>.

---

<sup>735</sup> J.-P. Clement, « *Franchise et droit des marques* », *Mél. J.-J. Burst*, p. 124 ; Ph. Bessis, « *Signes distinctifs et distribution : De la création du produit commercial à la notoriété de la marque d'entreprise* », *LGDJ*, 1998, p. 24.

<sup>736</sup> D. Ferrier, « *Franchise et savoir faire* », *Litec*, 2003, p.1.

<sup>737</sup> *Ibid.*

<sup>738</sup> Article L. 714-2 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>739</sup> CA Versailles, 9 déc. 1987, *Juris-Data*, n° 1987-026080.

Le contrat de franchise étant à exécution successive, le franchiseur doit maintenir ses droits sur le signe de ralliement de clientèle objet du contrat pendant toute la durée de celui-ci. Par conséquent, le franchiseur doit se montrer d'une particulière vigilance en matière de marque: l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce en effet que : « l'enregistrement de la marque produit ses effets ; pour une durée de dix ans à compter de la date de dépôt de la demande »<sup>740</sup>.

Cette période de dix ans prévue par cet article est indéfiniment renouvelable. Pour maintenir ses droits sur la marque, le franchiseur doit donc procéder au renouvellement de la marque conformément aux modalités définies par le Code de la propriété intellectuelle<sup>741</sup>, à défaut, il déposséderait par ricochet les franchisés de leurs droits sur celle-ci et engagerait sa responsabilité à leur égard<sup>742</sup>. Il revient donc au franchiseur de réagir à l'égard des tiers qui pourraient usurper l'usage de la marque ou de l'enseigne. Mais, le franchiseur engagerait sa responsabilité si, non propriétaire de la marque, mais simplement licencié, il venait à perdre ses droits en cours d'exécution du contrat de franchise en raison de la résiliation de la licence de marque<sup>743</sup>.

Enfin, le franchiseur pourra agir en concurrence déloyale contre le tiers qui exploiterait son enseigne ou sa marque, sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle. Ainsi, le franchiseur devra donc démontrer une faute, qui consiste

---

<sup>740</sup> Article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>741</sup> A. Thrierr, « Renouvellement de la marque », *J.-Cl. Marques, dessins et modèles*, Fasc. 7225, 2007.

<sup>742</sup> Voir par exemple en ce sens, concernant une enseigne CA Paris, 14 déc. 1990, *Juris-Data*, n° 026080 (le contrat par lequel un tiers mettait à disposition du franchiseur son enseigne est résilié en cours de l'exécution du contrat de franchise) ; pour une marque, v. CA Versailles, 9 déc. 1987, *Juris-Data*, n° 600461, *Cah. dr. entr.* 1988, n° 2, p. 42, comm. J. J. Burst, « Eléments de ralliement de la clientèle et franchise » : « en s'absentant de renouveler le dépôt de la marque concédée, le franchiseur avait commis une faute contractuelle que la Cour de Versailles sanctionne très exactement non pas par l'annulation du contrat de franchise, mais par sa résolution. ». Comp. même juridiction, même jour, *Juris-Data* n° 045452, où le contrat avait été formé après la perte des droits sur la marque, et était donc annulé par la Cour. Les deux affaires concernaient une même marque, le, qui avait été déposée le 8 mars 1973. Dans la première affaire (*Juris-Data*, n° 600461), le contrat avait été signé le 21 déc. 1982; dans la seconde (*Juris-Data*, n° 045452), le contrat s'était formé le 15 juin 1983. V. également CA Paris, 1<sup>er</sup> févr. 2006, *Juris-Data*, n° 309721 où pendant plus d'un an, l'ancien franchisé avait continué à usurper les signes distinctifs du réseau, créant un préjudice au nouveau franchisé, sans que le franchiseur n'agisse, alors qu'il était averti de la situation » ; CA Paris, 21 mai 1999, *Juris-Data*, n° 024685 où l'action n'aboutit pas, les actes de concurrence étant isolés et insuffisants pour imposer au franchiseur d'intervenir; de plus, il n'était pas démontré que ce dernier était averti de la situation) ; CA Paris, 5 juin 1989, *Juris-Data*, n° 022699 : en l'espèce, l'action du franchisé n'aboutit pas, les actes d'usurpation de la marque n'étant pas caractérisés.

<sup>743</sup> Cass. com., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-15396, où le contrat de licence de marque dont bénéficiait le franchiseur a été résilié, et où le franchisé a été privé de l'usage de la marque pendant plusieurs mois, avant que le franchiseur n'acquière à nouveau des droits sur celle-ci.

selon G. Courtieu : « en l'utilisation de procédés contraires aux usages et habitudes professionnels tendant à détourner la clientèle d'un concurrent »<sup>744</sup>, un préjudice et un lien de causalité. Ces actions pourront être exercées simultanément si leurs conditions respectives sont réunies<sup>745</sup>.

Il s'avère donc que pour bien assurer la notoriété de son réseau, il est dans l'intérêt du franchiseur que ses signes distinctifs soient largement connus<sup>746</sup>, et ceux malgré le fait qu'une marque récemment déposée peut faire objet d'un contrat de franchise<sup>747</sup> et que la notoriété peut être essentielle et obligatoire pour la validité d'un contrat de franchise, et par conséquent, « l'absence de notoriété justifierait donc la remise en cause du contrat »<sup>748</sup>. Dans le cas d'une marque pas encore connue en France, le franchiseur doit investir en promotion et publicité afin de pallier la méconnaissance du produit couvert par cette marque<sup>82</sup>. Mais, en est-il enfin des autres obligations du franchiseur (**Section II**).

## Section II :

### Les autres obligations du franchiseur relatives à l'approvisionnement et à l'exclusivité territoriale.

Il faut juste rappeler, avant d'aborder la question des obligations d'approvisionnement et d'exclusivité territoriale du franchiseur, que le respect du principe de loyauté concerne prioritairement le franchiseur qui se trouve souvent confronté à sa position de partie forte. Ainsi, en droit de franchise, le devoir de loyauté a été invoqué dans deux types de cas de figures : en cas de mécontentes non prévus au contrat initial ou en cas d'abus par l'une des parties d'un droit discrétionnaire que le contrat lui donne<sup>749</sup>. C'est ainsi que le rapport franchiseur/franchisé doit être empreint de loyauté, comme cela est le cas pour toutes

---

<sup>744</sup> G. Courtieu, « Droit à réparation - De la concurrence déloyale au parasitisme - Théorie générale », *J.-Cl. Civil code*, Art. 1382 à 1386, *Fasc. n° 132-10*, 2006, § 1.

<sup>745</sup> *Ibid.*

<sup>746</sup> Ph. Bessis, *op. cit.* p. 23; voir aussi dans le même sens Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, p.198.

<sup>747</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 15 sept. 1994, cité par J. -P. Clement, « *Franchise et droit des marques* », *op. cit.*, p. 122.

<sup>748</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 9 octobre 1990, cité par J. -P. Clement, « *Franchise et droit des marques* », *op. cit.*, p. 121.

<sup>749</sup> Cette hypothèse sera étudiée dans la partie relative à la prohibition de l'abus dans le cadre de l'obligation d'approvisionnement du franchiseur.

les conventions qui doivent respecter le principe de l'exécution de bonne foi des conventions imposé par les dispositions de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil<sup>750</sup>.

Dans les contrats de distribution de produits, l'obligation d'approvisionnement consentie par un distributeur dans un contrat est, souvent, l'objet d'une clause, la clause d'approvisionnement, qui détermine elle-même une obligation, l'obligation d'approvisionnement. Celle-ci identifie l'obligation, pour le distributeur de ne contracter qu'avec le fournisseur à l'exclusion de tout autre<sup>751</sup>.

Ce faisant, le distributeur assume une obligation de faire, acquérir les produits ou service du fournisseur, le créancier d'exclusivité<sup>752</sup>, mais également, et surtout, une obligation de ne pas faire, ne pas acquérir de produits concurrents, ou ne pas acquérir quelque produit que ce soit, même non concurrent. Cette obligation est centrale dans bien des contrats de distribution, même si elle n'est pas caractéristique de contrat particulier.

### **Paragraphe I : L'obligation d'approvisionnement.**

Si les clauses d'approvisionnement ne sont pas de l'essence du contrat de franchise<sup>753</sup>, elles sont extrêmement fréquentes, et systématiques dans le cadre de la franchise de distribution. Le franchiseur peut ainsi s'engager à fournir au franchisé les produits destinés à la vente ou le matériel nécessaire à cette activité<sup>754</sup>.

Dans les réseaux de franchise, il est tout à fait habituel de voir le franchiseur (ou une entreprise filiale de son réseau), souscrire une obligation d'approvisionnement vis-à-vis

---

<sup>750</sup> Cet article prévoit que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>751</sup> S. Lebreton, « L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes », *Bibl. dr. ent. t. 57, Litec*, 2002.

<sup>752</sup> J.-L. Respaud, « L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution », *Th. cit.* 2000.

<sup>753</sup> Voir dans ce sens, CA Paris, 26 sept. 2001, *Juris-Data*, n° 155594 : le contrat ne peut être annulé pour absence d'objet, malgré l'incapacité du franchiseur « à lui fournir les produits qu'[il] s'était contractuellement engagé à remettre au franchisé, l'objet du contrat de franchise résidant, s'agissant du franchiseur, dans la transmission de son savoir faire et des signes distinctifs de son réseau ».

<sup>754</sup> CA Paris, 25 sept. 1998, *Juris-Data*, n° 024245.

des candidats franchisés. C'est justement le cas lorsque le franchiseur est le fabricant des produits, ou encore lorsque son réseau inclus dans son enceinte une centrale d'achat, gérée directement par le franchiseur en personne ou par une entreprise différente de la personne du franchiseur, qui peut avoir été fondée spécifiquement à cet effet.

Le franchiseur ou la société gérant la centrale d'achats, mis sa responsabilité sous engagement, surtout en cas de manquement total ou partiel à son obligation d'approvisionnement, ou lorsque celui-ci est réalisé avec des retards répétés ou importants, ou encore lorsque les prestations fournies ne sont pas de qualité et sont livrés avec beaucoup de retard.

La réelle gravité des conséquences des retards dépend de la nature des produits constituant l'objet de l'obligation d'approvisionnement et de l'activité de l'ensemble des prestataires du réseau de franchise. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 6 novembre 2008, la Cour a décidé que : « *la livraison d'articles de mode effectuée avec retard en novembre et décembre, pour la collection automne-hiver, avait nécessairement causé une gêne au franchisé* »<sup>755</sup>.

De même, « *le franchiseur fait preuve de mauvaise foi en suspendant l'approvisionnement pendant la période pendant laquelle le magasin du franchisé, dont l'activité est saisonnière, réalise le meilleur chiffre d'affaires de l'année et équilibre son exercice, malgré le paiement par le franchisé de la plus grande parties des sommes dues* »<sup>756</sup>.

Cependant, la Cour d'appel de Paris considère que : « *le franchisé ne peut obtenir gain de cause lorsqu'il se contente d'invoquer un manquement du franchiseur à son obligation d'approvisionnement, sans rapporter d'élément probant, ayant pour objectif de démontrer la réalité de ces allégations et leur caractère substantiel* »<sup>757</sup>.

---

<sup>755</sup> CA Paris, 6 novembre 2008, *Juris-Data*, n° 2008-375289.

<sup>756</sup> CA Paris, 3 juin 2008, *RG*, n° 05/02285.

<sup>757</sup> CA Paris, 7 janvier 2009, *RG*, n° 06/13673.

Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris, a rendu un autre arrêt le 14 janvier 2009, relative à une affaire dans laquelle le franchisé reprochait à la centrale d'achat du réseau- qui était en l'espèce une personne morale distincte du franchiseur- d'avoir abusé de sa situation dominante et de lui avoir imposé des conditions « *manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente* »<sup>758</sup>, en soumettant la livraison des produits à leur paiement quinze jours à l'avance.

La Cour a par ailleurs écarté ce raisonnement, en constatant que : « *la convention passée entre la centrale d'achat et le franchisé contenait des stipulations relatives aux modalités de paiement qui n'avaient pas été respectées par le franchisé, et qu'en conséquence la centrale s'était uniquement « bornée à tirer les conséquences de la répétition d'impayés ».* Aucune faute n'ayant été commise par la centrale d'achat, les demandes formées à l'encontre du franchiseur sur le fondement de la participation de ce dernier aux agissements de la centrale sont également rejetées »<sup>759</sup>.

Dans ce cadre, la preuve de l'existence de cette obligation d'approvisionnement est à la charge du franchisé, surtout lorsque le contrat de franchise qui lie le franchiseur au franchisé, n'impose pas une telle obligation à l'égard du franchiseur, mais impose à l'inverse le fait que le franchisé doit impérativement s'approvisionner auprès du franchiseur. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 26 avril 1994, la Cour a décidé que : « *l'obligation du franchisé de se fournir auprès du franchiseur implique celle du franchiseur de l'approvisionner* »<sup>760</sup>.

En revanche, la preuve de l'engagement du franchiseur de livrer une quantité minimale de produits au franchisé ne peut découler des obligations mises en la matière à la charge du franchisé. Il a ainsi été jugé qu' : « *une telle obligation du franchiseur n'était pas prouvée par la présence, d'une part, d'une clause imposant au franchisé de se fournir auprès du franchiseur pour un certain nombre de produits et, d'autre part, d'une clause prévoyant que les produits du franchiseur devaient représenter 60 % des ventes effectuées par le*

---

<sup>758</sup> Il faut rappeler que cette notion a été supprimée par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie, du 4 août 2008, et remplacée par la notion de « conditions manifestement abusives ».

<sup>759</sup> CA Paris, 14 janvier 2009, *Juris-Data*, n° 2009-000549.

<sup>760</sup> Cass. com., 26 avril 1994, pourvoi n° 92-15.402.



*franchisé. Seul le franchiseur est (...) en droit de se prévaloir de ces clauses, qui créent des obligations pour i le franchisé »*<sup>761</sup>.

Par ailleurs, l'engagement du franchiseur d'offrir au franchisé « un assortiment adapté à son type de magasin et à son environnement », n'emporte pas, l'obligation pour lui de satisfaire à toutes les commandes du franchisé<sup>762</sup>, une telle obligation doit être expressément prévue dans le contrat.

De surcroît, la Cour d'appel de Chambéry a rendu un arrêt le 10 octobre 2006, dans lequel elle a décidé que : « *l'obligation du franchiseur d'approvisionner son franchisé n'entraînait pas celle de l'aider dans son financement* ». Dans cette affaire, conformément aux termes du contrat, le franchisé, entreprise indépendante, devait faire son affaire personnelle du financement de ses investissements, le réseau n'ayant pour objet que de regrouper les achats de véhicules afin d'obtenir les meilleurs prix auprès des constructeurs ou distributeurs pour l'ensemble des franchisés et de reverser à chacun d'eux sa quote-part sur les primes de volumes consenties par le vendeur »<sup>763</sup>.

De même, il ne saurait être fait reproche au franchiseur de ne pas avoir fait bénéficier ses franchisés des avantages obtenus par lui auprès de ses fournisseurs. En effet, lorsqu'il exerce une fonction de centrale d'achats, le franchiseur ne devient pas le commissionnaire de ses franchisés. Ainsi, il n'a pas l'obligation de les faire bénéficier de tous les avantages issus des négociations qu'il a entreprises<sup>764</sup>. Ainsi, il sera considéré comme fautif le franchiseur qui manque à son engagement contractuellement pris d'approvisionner le franchisé, que ce manquement soit partiel<sup>765</sup> ou total<sup>766</sup>.

---

<sup>761</sup> CA Paris, 30 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 230107.

<sup>762</sup> CA Lyon, 8 novembre 2007, *RG*, n° 05-06933.

<sup>763</sup> F.-L. Simon, « Droit de la franchise », *Les Petites Affiches*, n° spécial, avant-propos, V. Lamanda, 15 nov. 2007, n° 89, p. 28.

<sup>764</sup> CA Aix-en-Provence, 12 avril 2007, *Juris-Data*, n° 338809.

<sup>765</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, 2 avril 2008, *Juris-Data* n° 364977.

<sup>766</sup> Cass. com., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.090.

En outre, constitue également une faute contractuelle des retards qualifiés d'importants dans les livraisons<sup>767</sup> ou la livraison de produits de mauvaise qualité<sup>768</sup>. En revanche, des retards représentant moins de 1 % du chiffre d'affaires du franchisé ne sont pas de nature à entraîner la résiliation du contrat aux torts du franchiseur<sup>769</sup>. En outre, le franchisé pourra engager la responsabilité du responsable du réseau de franchise lorsqu'il prouvera avoir inutilement adressé des lettres de réclamation au franchiseur<sup>770</sup>. Néanmoins, le franchisé ne peut se prévaloir du non-respect des horaires de livraison mentionnés, lorsque ceux-ci ne le sont qu'à titre indicatif<sup>771</sup>.

Par ailleurs, le franchiseur est tenu de certaines obligations de garantie vis-à-vis du franchisé, telles que la garantie légale contre les vices cachés. La garantie des vices cachés est soumise aux dispositions du Code civil<sup>772</sup>. Le franchisé y a droit, quel que soit le produit acheté, quel que soit le franchiseur, même s'il n'y a pas de contrat écrit. Cette garantie légale contre les vices cachés couvre tous les frais entraînés par les vices cachés. Le défaut doit être antérieur à la vente et rendre les produits impropres à l'usage auquel ils sont destinés. Un remboursement partiel ou total peut être obtenu, ou bien la résolution du contrat<sup>773</sup>.

Des conditions doivent donc être remplies pour que l'action puisse être mise en œuvre avec succès :

- Le vice doit être inhérent à la chose,
- Le vice doit causer un trouble à son usage normal,
- Il doit être antérieur ou concomitant à la vente. La preuve de l'antériorité du vice est déterminante car la garantie n'est pas due au franchisé ou à

---

<sup>767</sup> CA Paris, 20 mars 1990, *Juris-Data* n° 021189.

<sup>768</sup> CA Paris, 25 sept. 1998, *Juris-Data* n° 024245.

<sup>769</sup> Cass. com., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-16.419.

<sup>770</sup> CA Paris, 15 mars 2000, *Juris-Data*, n° 109276. En revanche, lorsque le contrat stipule des modalités spécifiques de réclamation, le franchisé devra s'y soumettre, au risque de ne pouvoir se prévaloir du mauvais état des marchandises livrées (CA Lyon, 8 nov. 2007, *RG* n° 05/06933).

<sup>771</sup> CA Lyon, 8 novembre 2007, *RG* n° 05/06933.

<sup>772</sup> A l'article 1641 du Code civil qui prévoit que : « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

<sup>773</sup> Il faut souligner que l'action en garantie pour vices cachés doit être intentée dans les plus brefs délais, au maximum 2 ans, à compter de leur découverte.

l'acheteur si le vice affectant la marchandise achetée provient d'un manque de précaution ou d'entretien de sa part ou d'une mauvaise utilisation de la marchandise. Cette preuve peut se faire par tous moyens<sup>774</sup>.

-Il doit être caché, dans le sens où il ne pouvait être découvert lors de la vente malgré un examen attentif de la chose vendue<sup>775</sup>. En revanche, le vendeur n'est pas tenu des vices apparents, c'est-à-dire ceux qu'une personne de diligence moyenne aurait découvert en procédant à des vérifications élémentaires<sup>776</sup>.

Ainsi, l'article 1644 du Code civil prévoit, dans le cas où ces conditions sont remplies, que : « *l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire restituer une partie du prix* »<sup>777</sup>. Il s'agit ainsi dans la première hypothèse d'une action rédhibitoire, et dans la seconde hypothèse d'une action estimatoire.

Dans ce cadre, la qualité de professionnel du franchisé a une incidence plus ou moins importante sur les garanties fournies par le franchiseur dans le cadre de son obligation d'approvisionnement (**Sous-Paragraphe 1**), où l'abus est prohibé (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>774</sup> Cass. civ., 23 janvier 1987, D.1987, IR, 18, : « constitue un vice caché antérieur à la vente la présence de termites ayant provoqué des dégâts tels que leur antériorité à la vente à de l'immeuble est établie ».

<sup>775</sup> Conformément aux dispositions de l'article 1642 du Code civil qui prévoit que : « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ».

<sup>776</sup> Cass. Com., 24 janvier 1984, Bull. civ.IV, n° 34 : « constitue un vice apparent la présence de nombreuses pièces rouillées sur un véhicule neuf »; Voir également l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, 3 mars 1995, Mme Leautic c/ époux Teinturier et a., n° 95-496 : « ne constitue pas un vice apparent le vice de construction se manifestant notamment par l'affaissement du carrelage du sol en certains endroits, dès lors que le vendeur n'a pas informé l'acquéreur de cet état de fait et qu'il avait au surplus dissimulé les manifestations les plus importantes par des meubles et des revêtements de sol ».

<sup>777</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 1644 du Code civil.

### *Sous-Paragraphe 1 :*

#### *La qualité de professionnel du franchisé et les garanties fournies par le franchiseur.*

La qualité de professionnel du franchisé rend toutefois plus difficile la mise en œuvre de l'action en garantie des vices cachés<sup>778</sup>. Elle a tout d'abord une incidence sur la preuve du caractère caché du vice, car la jurisprudence met à la charge de l'acquéreur professionnel une présomption simple de connaissance du vice<sup>779</sup>.

En plus, cette qualité de professionnel du franchisé fera obstacle à une demande de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1645 du Code civil, sauf si le franchisé est victime d'un dol du franchiseur ou que le vice était indécélable. Enfin, le contrat pourra prévoir une clause exonératoire de responsabilité en faveur du franchiseur, qui sera valable dans la mesure où le franchiseur et le franchisé sont deux professionnels de la même spécialité.

Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère dans ce sens qu' :  
*« attendu (...) que, dès lors qu'elle (la Cour d'appel) constatait ainsi qu'il s'agissait d'une vente entre professionnels de même spécialité et que cette vente sans garantie avait été conclue par l'acquéreur professionnel en pleine conscience des risques qu'il acceptait de prendre à sa charge, la Cour d'appel a pu considérer que celui-ci n'était pas fondé à invoquer, nonobstant la clause litigieuse, la garantie du vendeur contre lequel aucune fraude n'était alléguée »*<sup>780</sup>.

De surcroît, le franchiseur est aussi tenu d'une obligation contractuelle de délivrance conforme. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 1604 du Code civil, le franchiseur est tenu de délivrer au franchiseur ayant la qualité d'acheteur une chose conforme à celle prévue dans le contrat de vente exécuté en application du contrat-cadre de franchise

---

<sup>778</sup> J. Huet, « Vente - Garantie légale contre les vices cachés - Régime de la garantie - Parties à la garantie Action en garantie et délai pour agir », *J-Cl. Civil code*, Art. 1641 à 1649, *Fasc. 30*, 2007, § 3.

<sup>779</sup> CA Grenoble, 2 octobre 2007, *Juris-Data*, n° 355938.

<sup>780</sup> Cass. com., 8 octobre 1973, *Bull. civ. IV*, n° 272; Voir aussi , CA Chambéry, 2 oct. 2007, *Juris-Data*, n° 343774.

sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle sur le fondement des articles 1147 et 1184 du Code civil pouvant donner lieu à une action en résolution et/ou en dommages et intérêts.

Pour qu'il en soit ainsi, la chose doit correspondre à l'usage particulier attendu par les parties, tel qu'il est entré dans le champ contractuel<sup>781</sup>. Le défaut de la chose, s'il ne peut donner naissance à une action sur le fondement d'un manquement à l'obligation de délivrance conforme, peut être invoqué sur le fondement de la garantie des vices cachés.

Toutefois, selon un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 14 janvier 2004, le franchisé ne peut reprocher au franchiseur un quelconque manquement à son obligation d'approvisionnement lorsqu'il a refusé les livraisons qui lui étaient faites à ce titre. En l'espèce, ce refus était initialement justifié par un dégât des eaux survenus dans les locaux, mais plus à compter de la remise en état de ceux-ci<sup>782</sup>. De surcroît, le franchiseur qui a cessé de livrer le franchisé pourra opposer l'exception d'inexécution au franchisé qui, tout en ne payant pas les factures des produits livrés, cherche à engager sa responsabilité pour violation de l'obligation d'approvisionnement<sup>783</sup>, où l'abus est interdit (*Sous-Paragraphe 2*).

### *Sous-Paragraphe 2 :*

#### *La prohibition de l'abus dans le cadre de l'approvisionnement.*

La Cour d'appel de Paris a affirmé dans son arrêt rendu le 2 mars 1999 que : « *le contrat de franchisage, s'il suppose d'indépendance juridique des partenaires, reste néanmoins un contrat de dépendance économique* »<sup>784</sup>. En effet, bien que le contrat de franchise soit un contrat de collaboration, animé par l'intérêt commun des différentes parties, il est certain que le responsable du réseau de franchise qui dispose du savoir faire, titulaire de l'enseigne et de la marque, et, en somme, le franchiseur, soit, dans le contrat de franchise, la partie la plus influente et la plus forte.

---

<sup>781</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 30 mars 1999, *Bull. civ.* I, n° 118.

<sup>782</sup> CA Paris, 14 janvier 2004, *Juris-Data*, n° 238890.

<sup>783</sup> CA Paris, 21 sept. 2005, *Juris-Data* n° 283908.

<sup>784</sup> CA Paris, 2 mars 1999, *Juris-Data* n° 020420.

Ainsi, la doctrine estime, qu'en matière des contrats de distribution en général et du contrat de franchise en particulier, l'égalité entre les parties est chose rare. Cette situation traduit d'ailleurs une situation de dépendance<sup>785</sup>. Ainsi, la crainte d'un déséquilibre de force entre les différentes parties au contrat de franchise est tout à fait légitime, puisque le contractant fort pourra éventuellement profiter de sa position pour obtenir de son concurrent des avantages indus, c'est ainsi que l'abus qui en est fait de ce rapport de force est interdit<sup>786</sup>. En outre, l'article L. 442-6 du Code de commerce interdit l'abus de relations de dépendance ou de sa puissance d'achat ou de vente par un commerçant, un industriel ou un artisan<sup>787</sup>.

Par ailleurs, selon un arrêt de la Cour de cassation rendu le 1<sup>er</sup> décembre 1995, il a été décidé que : « l'absence de détermination et de déterminabilité du prix devant figurer dans les contrats pris en application du contrat de franchise n'est plus de nature à entraîner la nullité de ce dernier, et « l'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à résiliation » des contrats d'application « ou indemnisation »<sup>788</sup>.

D'ailleurs, Ch. Jamin affirme dans ce sens que : « le droit du fournisseur de fixer unilatéralement le prix pourrait avoir été dégagé par la Cour de cassation de l'article 1135 du Code civil, visé par l'arrêt de l'Assemblée plénière cité ci-dessus »<sup>789</sup>. Ainsi, ce qui peut aboutir à une sanction c'est le comportement du fournisseur lors de l'application du contrat-cadre<sup>790</sup>, et non pas le contenu du contrat en lui-même<sup>791</sup>.

---

<sup>785</sup> M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85.

<sup>786</sup> Il faut souligner que l'abus de situation économique ne correspond pas vraiment à un abus de droit, puisque le pouvoir dont abuse le contractant fautif n'a pas pour source un droit qui lui est acquis, mais une situation factuelle, d'ordre économique. Voir dans ce sens pour la distinction entre abus de droit et abus d'un état de dépendance économique, M. Behar-Touchais, G. Virassamy, « Les contrats de distribution », *LGDJ*, 1999, n° 129.

<sup>787</sup> Il faut souligner que la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a remplacé ces notions d'abus mentionnées à l'article L. 442-6 du Code de commerce par celle de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » : est désormais prohibé le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

<sup>788</sup> Cass. Ass. Plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, *Bull. civ. AP* n° 7.

<sup>789</sup> Ch. Jamin, « Réseaux, intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, I,3959.

<sup>790</sup> J. Ghestin affirme dans ce sens que le contrat cadre prévoyant une obligation de fourniture « confère expressément ou implicitement à des parties le pouvoir de déterminer le prix de façon unilatérale », J. Ghestin « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y rattachent », *Cah. dr. entr.* 1997, n° 3, 4, p. 7 et s.

Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir ce que l'on entend exactement par abus de pouvoir dans la fixation du prix<sup>792</sup>. Ch. Jamin considère à ce propos que : « l'une des parties abuse du droit qui lui est reconnu de fixer unilatéralement le prix lorsqu'elle se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre »<sup>793</sup>.

En outre, Th. Revet a affirmé que : « le pouvoir du contractant dominant de fixer le prix des contrats d'application implique par lui-même la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant: un pouvoir n'est admissible que s'il sert, fût-ce en partie, l'intérêt de celui qu'il gouverne et que l'abus dans la fixation du prix consacrait le pouvoir du partenaire dominant, donc l'obligation, pour son titulaire, de prendre en compte l'intérêt du contractant dépendant, lors de la détermination du prix, sous peine de commettre un détournement de l'intérêt du contractant »<sup>794</sup>. De plus, B. Fages est allé jusqu'au point de considérer que : « l'abus est constitué dès lors que le prix fixé unilatéralement interdisait à son débiteur de pratiquer lui-même des prix concurrentiels<sup>795</sup> et l'évinçait ainsi du marché »<sup>796</sup>.

La doctrine a permis donc d'apporter plus de précision aux contours de la notion d'abus dans la fixation du prix, contrairement à la jurisprudence qui exige en la matière une vraie situation de dépendance, où l'abus ne peut être caractérisé que si le contrat prévoit une clause d'approvisionnement exclusif<sup>797</sup>. L'exclusivité d'approvisionnement suppose par ailleurs, une logique d'approvisionnement et donc d'achat entre un vendeur et un acheteur, que le mécanisme d'exclusivité organise. Dès lors que la distribution repose sur des services par exemple, elle peut être organisée par un mécanisme d'exclusivité d'activité.

---

<sup>791</sup> Y. Marot, « Approvisionnement exclusif et fixation du prix: le débat continue, mais des solutions apparaissent », *La lettre de la FFF*, juillet-août 1998, n° 100.

<sup>792</sup> Voir dans ce sens Ph. Le Tourneau qui opère une distinction entre trois types d'abus dans la fixation du prix: « un abus objectif - le profit illégitime du fournisseur- et deux abus subjectifs -la faute volontaire et le détournement de pouvoir », « Les contrats de franchise », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd, 2007, n° 321.

<sup>793</sup> Ch. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution: De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, I, 3959, n° 10.

<sup>794</sup> Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37, n° 12.

<sup>795</sup> Il faut néanmoins souligner à ce propos que selon un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il a été considéré que: « le fait que les prix pratiqués par le franchiseur soient parmi les plus élevés du marché ne peut suffire à démontrer l'abus dans la fixation du prix », (Cass. com., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-19.078. Voir aussi CA Toulouse, 11 déc. 2007, *Juris-Data*, n° 364023.

<sup>796</sup> B. Fages, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.*, 1998, n° 6, § 15.

<sup>797</sup> Voir dans ce sens CA Paris, 2 mars 1999, *Juris-Data*, n° 020420.

Ainsi, dans le cadre de son obligation d'approvisionnement, le franchiseur s'engage à fournir au franchisé des produits destinés à la vente ou le matériel nécessaire à cette activité. Mais, il existe également une clause d'exclusivité territoriale, qui implique que le franchiseur s'interdit, dans un territoire s'étendant aux alentours du point de vente du franchisé et contractuellement défini, de fournir certaines prestations également contractuellement définies, à des tiers. Le franchisé est ainsi assuré d'avoir le monopole desdites prestations dans la zone géographique considérée (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe II : L'obligation d'exclusivité territoriale.**

Dans le cadre de la mondialisation, la pratique de l'activité commerciale internationale prend diverses formes très variées. Les entrepreneurs et les investisseurs, soucieux d'optimiser leurs profits dans le long terme, s'évertuent à prendre le chemin le plus sûr et le plus efficace, lequel assure prévisibilité et sécurité et partant rentabilité de l'investissement. Dans ce cadre, l'exclusivité commerciale se présente comme l'une des stratégies les plus adoptées et les plus convoitées. Ainsi, les fournisseurs recourent à des médiateurs de commerce à titre exclusif pour vendre leurs produits. L'exclusivité est aussi une caractéristique intrinsèque des contrats de concession<sup>798</sup> et de franchise<sup>799</sup>.

De manière générale, l'exclusivité ne peut se trouver à part entière, dans la mesure où elle a toujours besoin d'« un support », consistant généralement en un contrat<sup>800</sup>. Dans cette perspective, le contrat d'exclusivité n'est pas soumis à une réglementation particulière, mais, il est soumis aux exigences du droit commun des contrats commerciaux et à certaines règles relatives au droit de la concurrence. Toutefois, il suscite un contentieux corrélativement important, c'est pourquoi les règles dégagées par la jurisprudence s'avèrent d'un intérêt primordial. Le contrat de concession, milieu favorable aux clauses d'exclusivité, est toujours un accord de distribution entre fournisseur et distributeur<sup>801</sup>. Par ailleurs, le terme de territoire

---

<sup>798</sup> C. Champaud, « la concession commerciale », *RTD Com.*, 1963, p.451

<sup>799</sup> M. Menjucq, « droit des affaires », 4<sup>ème</sup> éd., *Gualino éditeur*, 2005, p.153

<sup>800</sup> J.-B. Blaise, « Droit des Affaires, commerçants, concurrence, distribution », *L.G.D.J.*, 2000, p.537.

<sup>801</sup> *Ibid*



est hermétiquement attaché à l'exclusivité, dans le sens où elle est à l'origine de la majorité des contentieux dans ce genre de domaine. Aussi, les marques présentent en outre un domaine productif en matière d'exclusivité.

Par ailleurs, cette exclusivité se traduit le plus souvent par une clause, dite d'exclusivité, ayant pour objectif de permettre aux commerçants/franchisés, qui vendent les mêmes produits ou prestations et utilisent la même marque, d'éviter une éventuelle situation de concurrence. La présence de deux franchisés, au milieu d'une même zone géographique, va les pousser à se concurrencer mutuellement et directement. Pour éviter ainsi un tel risque, le franchisé dispose dans, de nombreux contrats de franchise, d'une clause d'exclusivité géographique, à propos duquel le franchiseur concède un territoire précis et bien délimité au franchisé, tout en lui réservant l'exclusivité d'enseigne.

Ce territoire ou cette zone géographique est généralement délimité en prenant en compte un certains nombres d'éléments, comme c'est le cas notamment de la taille de l'agglomération dans laquelle se trouve le point de vente, du nombre d'habitants, de l'attractivité de la zone géographique ou encore de la proximité des autres concurrents. Ainsi, c'est de l'analyse objective et précise de tous ces éléments qui dépendra les perspectives économiques du futur projet du franchiseur.

Par ailleurs, en matière de franchise, cette clause d'exclusivité territoriale implique que le franchiseur s'interdit, dans un territoire s'étendant aux alentours du point de vente du franchisé et contractuellement défini, de fournir certaines prestations également contractuellement définies, à des tiers. Le franchisé est ainsi assuré d'avoir le monopole desdites prestations dans la zone géographique considérée<sup>802</sup>.

En revanche, il faut rappeler que cette exclusivité territoriale ne constitue pas un élément de validité du contrat et ne fait pas partie de son essence<sup>803</sup>. Elle n'est exigée par

---

<sup>802</sup> F.-L.- Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *Joly éditions*, 2009, p. 191.

<sup>803</sup> D. Ferrier, « L'exclusivité territoriale n'est pas toujours un élément essentiel du contrat de franchise », *comm. ss. Cass. com.* 19 nov. 2002. D. 2003, p.2427. Voir aussi dans ce sens le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Troyes, le 22 juin 2009, *RG*, n° 2009/000491.

aucun texte légal. Cependant, elle est d'usage d par l'essentiel des contrats de franchise, car elle fournit des garanties économiques considérables pour les futurs candidats franchisés.

Néanmoins, la clause d'exclusivité territoriale est susceptible de se heurter aux dispositions prévues par la législation française et communautaire de la concurrence, qui s'opposent à un enfermement absolu du marché. Ainsi, il résulte de l'article L. 420-1 C. com., que: « *sont prohibées (...) lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à ( ... ) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* »<sup>804</sup>. Mais, reste enfin qu'une distinction entre les différents types d'exclusivité territoriale s'impose (**Sous-Paragraphe 1**).

#### ***Sous-Paragraphe 1 : Les différents types d'exclusivité territoriale***

Il existe principalement 3 genres d'exclusivité territoriale en franchise : la première exclusivité est celle de franchise qui impose au franchiseur de ne pas implanter, dans la zone géographique d'exclusivité concédée, un autre réseau de franchise. Cependant, il n'est pas dans l'obligation de ne pas y implanter une succursale de son réseau de franchise qu'il exploiterait directement. Il a également le droit de permettre à un autre distributeur de s'y implanter, à la seule condition qu'il exerce son activité dans un domaine autre qu'en franchise.

La deuxième exclusivité est celle d'enseigne qui impose au franchiseur de ne pas autoriser un autre distributeur que le franchisé à s'implanter sur le territoire concédé, en utilisant son enseigne, ou de s'implanter lui-même, quelle que soit la nature légale de cette implantation. Ainsi, dans le cadre de ce genre d'exclusivité, le franchiseur peut accorder au franchisé une exclusivité d'enseigne qui impose le fait qu'aucun autre établissement ne bénéficiera de l'enseigne du réseau de franchise dans la zone géographique attribuée. Ce genre de clause présente donc des avantages pour le franchisé, puisque au sein d'un territoire précis, il pourra exclusivement et sans concurrence bénéficier d'une partie de la clientèle

---

<sup>804</sup> Ces dispositions sont prévues par l'art. L. 420-1 du C. com.

attirée par l'enseigne dont il a l'exclusivité. Cette clientèle fera l'objet d'un découpage par le franchiseur en fonction des exclusivités géographiques qu'il accorde à ces franchisés.

La troisième exclusivité est l'exclusivité de fourniture qui impose l'interdiction au franchiseur, dans la zone d'exclusivité concédée, d'approvisionner tout tiers. Dans ce cadre, le franchiseur s'engagera à ne pas diffuser ces produits dans d'autres points de vente de la zone géographique prévue au contrat initial de franchise. Ce genre d'exclusivité n'est pas accordé systématiquement et la plupart des franchiseurs sont réticents à l'octroyer. C'est pourquoi, l'entrepreneur doit donc être attentif surtout par rapport à la manière dont cette exclusivité est prévue et rédigée dans le contrat initial<sup>805</sup>.

Ainsi, dans sa décision du 2 juillet 2008, la Cour d'appel de Toulouse a opéré la distinction, en matière de franchise, entre trois types d'exclusivité<sup>806</sup>, chacun pouvant être combiné avec l'un des autres: l'exclusivité de franchise, qui interdit au franchiseur d'implanter un autre magasin franchisé dans le territoire exclusif<sup>807</sup>, l'exclusivité de fournitures, par laquelle le franchisé est le seul à être approvisionné par le franchiseur dans le territoire délimité<sup>808</sup> et enfin l'exclusivité d'enseigne qui implique que le franchiseur s'interdit d'implanter un autre magasin, réseau de franchise ou succursale, dans la zone concédée<sup>809</sup>.

---

<sup>805</sup> Une clause peut par exemple prévoir que, malgré l'exclusivité d'enseigne conférée au franchisé, les produits proposés par le franchiseur peuvent toujours être diffusés sous la même marque chez d'autres prestataires de la zone géographique prévue au contrat qui peut également réserver cette exclusivité à une seule série de produits, ce qui laisse une grande marge de manœuvre au franchiseur pour diffuser d'autres produits dans des entreprises concurrentes.

<sup>806</sup> Voir également dans ce sens H. Kenfack, « Internet, franchise et droit des affaires », comm. ss. Cass. com., 14 mars 2006, D. 2006, p. 1901.

<sup>807</sup> Il faut néanmoins souligner qu'une hypothèse délicate est susceptible de se présenter dans le cadre de l'exclusivité de franchise. Il n'est en effet pas toujours facile de déterminer si la remise d'un meuble ou d'un appareil relève simplement de la fourniture ou fait partie intégrante de la franchise et donc du champ de l'exclusivité. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 21 septembre 2005, nous offre une illustration de cette difficulté: le contrat, tout en prévoyant une exclusivité de franchise, écartait l'exclusivité de fourniture; il s'agissait de déterminer si le franchiseur pouvait remettre un appareil d'amincissement spécifique à un tiers. La Cour, constatant que le contrat imposait le retrait dudit appareil lors de la cessation des relations contractuelles, en a conclu que celui-ci faisait partie intégrante de la franchise, et que la présence d'un exemplaire dans le territoire exclusif du franchisé constituait une violation de l'obligation du franchiseur, (CA Paris, 21 sept. 2005, *Juris-Data*, n° 293492).

<sup>808</sup> À défaut d'une telle exclusivité, le contrat de franchise ne peut justifier le refus de vente opposé à un acheteur tiers au réseau par le franchiseur (Cass. com., 2 juillet 1996, pourvoi n° 94-18.023).

<sup>809</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, rendu le 2 juillet 2008, *RG*, n° 08/01759.

De surcroît, dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 24 septembre 2008, la Cour a confirmé la précédente distinction qui s'opère entre les différentes sortes d'exclusivités territoriales, et les conséquences qui en découlent. En l'espèce, la clause objet du conflit interdisait au franchiseur de « commercialiser les produits griffés à [sa] marque (...), sur le territoire donné en exclusivité à tout autre que le franchisé ».

En revanche, le franchisé prouvait que d'autres boutiques, implantées sur sa zone d'exclusivité, commercialisaient des produits revêtus de la marque du franchiseur. Ce dernier tentait d'échapper à sa responsabilité en soutenant que l'exclusivité consentie n'était qu'une exclusivité de franchise. Mais, la Cour d'appel de Paris a décidée de rejeter cette argumentation<sup>810</sup>.

Cependant, dans une autre décision rendue par une autre Cour d'appel, il a été décidé que : « *la seule exclusivité dont disposait le franchisé était une exclusivité sur ses clients, à l'exclusion de toute exclusivité territoriale à proprement parler. Toutefois, le franchiseur s'engageait par ailleurs, au sein du contrat, à avertir le franchisé en cas d'implantation d'un nouveau franchisé au sein du même département, et à lui consentir un droit de préemption* »<sup>811</sup>.

En outre, en droit européen, l'article 85 § 1 t. CE, prévoit que : « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises (...) qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à (...) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* »<sup>812</sup>.

Par ailleurs, les conséquences de cette distinction entre les différentes exclusivités se manifestent logiquement dans la sanction de leurs violations. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 2 juillet 2008, dans lequel les relations des parties étaient

---

<sup>810</sup> CA Paris, 24 septembre 2008, *Juris-Data*, n° 2008-374079.

<sup>811</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon, le 10 mars 2009, *Juris-Data*, n° 376068.

<sup>812</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 85 § 1 t. CE.

régies par un contrat contenant à la fois une exclusivité de distribution des produits portant la marque du franchiseur et une exclusivité d'enseigne, la Cour a décidé de : « *condamner le franchiseur à payer des sommes correspondant à la liquidation de deux astreintes : la première relative à la violation de l'exclusivité de distribution de produits et la seconde relative à la violation de l'exclusivité de d'enseigne* »<sup>813</sup>, mais, serait-il de même en matière de vente sur internet (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### ***Sous-Paragraphe 2 : L'exclusivité territoriale et la vente sur internet.***

La notion d'exclusivité est extrêmement liée à celle de territoire. La distribution exclusive suppose bien entendu un territoire bien précis, lequel est un élément essentiel sans lequel un tel contrat ne pourrait exister. Dans le même sens, et avec le phénomène technologique actuel touchant le secteur commercial, la vente sur internet, quoique louable, présente en matière d'exclusivité des problèmes considérables.

Par ailleurs, comme le e-commerce<sup>814</sup> est un modèle nouveau dans le domaine de la distribution, il s'impose et ne cesse d'envahir le marché commercial international, le développement de la vente sur internet a forcément de grandes conséquences sur le fonctionnement habituel des réseaux de distribution. Ces contrats, qui sont en cours d'exécution, n'ont, pour la plupart, pas prévu de fixer des règles sur les droits et les obligations des différentes parties, dans le cadre de la vente sur internet.

Ainsi, à défaut d'avoir anticipé le rôle influant des technologies modernes et surtout d'internet sur la distribution, ces lacunes créent de nos jours une instabilité juridique qui devrait pousser les investisseurs des réseaux à bien organiser ce commerce électronique et à les prévoir dans leurs contrats. Ainsi, la stipulation d'une clause d'exclusivité présume que le fournisseur s'interdit de concéder à une autre partie, un droit d'implantation dans la zone géographique concédée, voir même s'interdire une telle démarche à lui-même.

---

<sup>813</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, rendu le 2 juillet 2008, RG, n° 08/01759

<sup>814</sup> Ce terme a été utilisé pour qualifier la vente réalisée sur internet.

Dans ce cadre, la plupart des contrats de franchise comportent en principe une clause d'exclusivité territoriale au profit du franchisé, qui le protège contre les ventes « *actives* », de la part du franchiseur et des autres franchisés sur le territoire qui lui a été concédé. En revanche, aucune forme de ventes « *passives* » ne peut être interdite, ainsi, un franchisé ne dispose pas de la faculté de s'opposer à la vente des produits objet de la franchise par le franchiseur, ou tout autre franchisé, à des clients situés sur le territoire géographique de vente qui lui a été accordé, dès lors que cette vente a été réclamée par les clients.

S'agissant plus précisément du franchiseur, la Cour de cassation a admis dans son arrêt rendu le 6 avril 1999, que : « *la clause d'exclusivité territoriale accordée par celui-ci, ne lui interdit pas d'ouvrir et d'exploiter un point de vente sur un territoire non encore concédé à un franchisé, quand bien même ce point de vente se situerait dans une même agglomération que celle où un territoire a été concédé* »<sup>815</sup>.

La question s'est néanmoins posée de savoir si un franchiseur pouvait mettre en place un site Internet pour vendre les produits pour lesquels il avait accordé des franchises de vente et des zones d'exclusivité territoriale. Ainsi, dans un cas d'espèce, un contrat de franchise a été conclu le 24 mars 1998, où le franchiseur « *la société Flora Partner* » a concédé au franchisé « *la société Laurent X... Rouvelet-LPR* », ayant pour gérant M. X..., le droit exclusif d'exploiter jusqu'au 24 octobre 2003, sous la marque, l'enseigne et avec les techniques « *Le Jardin des fleurs* », un magasin situé dans le 6<sup>ème</sup> arrdt. de Marseille ; que l'article 7 al.3 de ce contrat stipulait : « *l'exclusivité territoriale implique que le franchiseur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente « Le Jardin des fleurs », dans le territoire d'exclusivité marseillais, en dehors de celui du franchisé* » ; que fin 1999, le franchiseur a ouvert un site internet sous l'enseigne « *Le Jardin des fleurs* » ; qu'estimant que le franchiseur avait violé la garantie contractuelle d'exclusivité, le franchisé et M. X... Pour toutes ces raisons, ils ont assigné celui-ci en résiliation du contrat de franchise et en paiement de dommages et intérêts.

---

<sup>815</sup> C'est ce qui résulte de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 06 avril 1999, dans son pourvoi n° 96-20048.

La Cour d'appel de Bordeaux avait considéré dans cette affaire que : « *l'obligation d'exclusivité territoriale était essentielle et déterminante pour le franchisé, afin de le protéger de toute vente à l'initiative du franchiseur, directement ou indirectement* ». Dès lors, elle avait estimé que : « *la vente sur Internet de la part du franchiseur, bien que constituant une vente passive, devait être considérée comme portant atteinte à l'exclusivité territoriale du franchisé, dès lors qu'elle était réalisée sans contrepartie financière pour ce dernier* ».

La Cour de Cassation vient de casser cette décision en considérant que : « *le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé, [...], peu important le règlement communautaire*<sup>816</sup> »<sup>817</sup>.

Cette décision est logique. En effet, et quand bien même la Cour de Cassation écarte l'argument européen avancé par la Cour d'appel, il est manifeste qu'une interdiction faite au franchiseur de vendre à travers son site Internet revenait à cloisonner de façon absolue les territoires de vente concédés aux franchisés, en interdisant toute vente passive de la part du franchiseur distributeur de produits.

Or, on rappellera qu'en vertu du règlement européen du 22 décembre 1999, relatif à l'exemption des accords verticaux, la vente par Internet est une vente passive qui ne peut être interdite, pour autant qu'elle soit le résultat d'une démarche libre et non sollicitée de l'internaute. Interdire au franchiseur de créer un site Internet était donc une sévère entorse aux règles du droit de la concurrence. Par ailleurs, et d'un point de vue purement contractuel, le contrat prohibait seulement l'ouverture d'un point de vente physique par le franchiseur.

La position de la Cour d'Appel de Bordeaux était donc non seulement contraire aux règles du droit de la concurrence sur les accords verticaux mais également contestable quant à

---

<sup>816</sup> Le Règlement communautaire en question est le Règlement CE n° 2790/19899 de la Commission CE du 22 décembre 1999, inapplicable dans cette affaire.

<sup>817</sup> Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 14 mars 2006, dans l'affaire opposant *la Société Flora Partner contre la Société Laurent Portal Rouvelet*.

l'interprétation des dispositions contractuelles qui n'interdisaient pas au franchiseur de créer un site Internet. Quel que soit l'angle juridique retenu, la cassation s'imposait donc.

De plus, la protection du franchisé contre la concurrence au sein de son territoire exclusif est aujourd'hui confrontée à la vente de produits effectués par le franchiseur via Internet. Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir d'une éventuelle violation par le franchiseur de son obligation d'exclusivité territoriale du fait de ce type de vente ? C'est la jurisprudence qui a répondu à cette question à travers un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 14 mars 2006, cassant un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, au visa de l'article 1134 du Code civil, en décidant que « *la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* ». La Cour relevait également que l'exclusivité n'était accordée que pour une zone géographique délimitée, et rien d'autre. La Cour considère enfin que « *le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé* »<sup>818</sup>.

Il s'avère donc de tout ce qui précède que le franchiseur, dans le cadre de son obligation d'exclusivité territoriale -dans laquelle on opère une distinction entre une exclusivité de franchise, d'enseigne ou de fourniture- s'interdit d'implanter un autre établissement franchisé, un établissement portant la même enseigne que le franchisé, ou d'approvisionner des tiers. Ainsi, ces trois types différents d'exclusivité territoriale auront un impact plus ou moins important sur un éventuel développement de l'activité de franchisé.

Ainsi, il viole son engagement non seulement lorsqu'il implante un autre établissement ou commence à fournir des tiers situés dans la zone d'exclusivité après l'installation du bénéficiaire de l'exclusivité<sup>819</sup>, mais également lorsqu'il a caché au franchisé l'existence préalable de magasins commercialisant déjà les produits qui font l'objet de la franchise<sup>820</sup> ou ayant remis le même fichier clientèle à trois franchisés bénéficiant chacun d'un territoire exclusif<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Cass. com., 14 mars 2006, *JCP E*, 2006, n° 231902, p. 1012.

<sup>819</sup> Cass. com., 16 janv. 2001, pourvoi n° 98-14.385.

<sup>820</sup> Trib., com. Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2005, *Juris-Data*, n° 199490.

<sup>821</sup> CA Aix-en-Provence, 15 sept. 1995, *Juris-Data*, n° 050623.



Il faut également garder à l'esprit que la vente sur internet de produits ou prestations par le franchiseur, n'est pas tout à fait incompatible avec la clause d'exclusivité territoriale. Un franchisé ne peut se retourner contre son franchiseur pour violation de la clause d'exclusivité territoriale si celui-ci décide de créer un site internet pour distribuer ses produits.

### *Conclusion du 1<sup>er</sup> chapitre :*

Ce chapitre a été consacré à l'étude de la question des obligations qui pèsent sur le franchiseur vis-à-vis du franchisé. Ainsi, on a pu constater dans ce cadre que le franchiseur dès qu'il s'engage contractuellement en signant un contrat de franchise, il s'engage aussi par conséquent à transmettre un certains nombres d'éléments, tel est le cas par exemple des signes distinctifs<sup>822</sup>, qui permettent au franchisé de se distinguer des autres enseignes. Le franchiseur a également l'obligation de transmettre au franchisé son savoir faire, qui fait l'objet de notre étude. On a pu constater que cette notion n'est pas reconnue par la française et que c'est la jurisprudence qui s'est basée sur le règlement communautaire CE de 1999, qui définit le savoir faire comme étant : « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, testées par le franchiseur, constituant un ensemble substantiel, identifié et secret* »<sup>823</sup>.

En effet, cette définition nous donne les principales caractéristiques du savoir faire qui constitue le cœur battant du principe de la franchise et qui doit être actualisé de manière constante. Par ailleurs, la notion de secret qui y figure est novatrice, dans la mesure où pour pouvoir prétendre détenir réellement un vraie savoir faire, le responsable du réseau de franchise doit être en mesure de prouver que son savoir faire n'est pas aisément accessible et qu'il accorde à ses éventuels franchisés un privilège concurrentiel très avantageux. Le franchiseur est tenu donc de transmettre son savoir faire à l'ensemble des franchisés de son réseau et ceux pendant toute la durée du contrat. Comme on a déjà vu, cette transmission peut se faire à travers différents moyens, tel est le cas par exemple quand le franchiseur assure une formation aux salariés de son franchisé, en leurs remettant une « bible » et en les guidant dans l'aménagement de leur point de vente. Ainsi, le franchiseur en accomplissant toutes ces démarches, remplit parfaitement son obligation de transmission de son savoir faire<sup>824</sup>.

Néanmoins, on a pu constater également que certains franchisés, tout en essayant de se délivrer de leurs propres obligations contractuelles, ils tentent souvent de prouver en justice que le savoir faire transmis, lors de la conclusion du contrat, étant dépourvu des conditions

---

<sup>822</sup> Cette dénomination provient des Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOCE*, Communication de la Commission n° C. 291 du 13 oct. 2000, p. 1-44.

<sup>823</sup> Règlement communautaire CE n°2790/1990, du 22 décembre 1999.

<sup>824</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 2009.

requis par la loi, pour essayer ainsi d'agir en matière du dol. Par ailleurs, on a vu que la réussite des candidats franchisés ne peut qu'expliquer une seule chose, c'est que le franchiseur a parfaitement accomplie sa mission et que son concept de savoir faire est efficace et utile. D'ailleurs, la pratique économique jurisprudentielle a démontrée qu'il y a vraiment un intérêt commun des différentes parties, unis dans le cadre d'un contrat de franchise, dont les succès mutuelles se renforcent et s'affermissent réciproquement et constituent la source même de du mouvement énergétique continu et perpétuel d'un réseau de franchise.

Outre la transmission de son savoir faire, le franchiseur doit également assister son candidat franchisé. Ainsi, on a pu remarquer que cette obligation d'assistance technique joue beaucoup son rôle, surtout pendant les premiers jours de la signature du contrat de franchise. Elle inclut la formation du candidat franchisé et de son personnel, mais surtout la remise de manuels d'instructions et autres documents qui sont censés permettre au candidat franchisé de bien démarrer son activité, sans pour autant avoir un recours quasi-automatique à son franchiseur.

Pour bien accomplir sa mission, le franchiseur doit obligatoirement mettre en œuvre de campagnes minimum de communication, d'assistance juridique...etc. Par ailleurs, le contenu de cette assistance technique doit faire l'objet d'une explication très détaillée qui fera foi en cas de mésentente pour manquements entre franchiseur et franchisé. Ainsi, le contrat doit préciser un certains nombres d'éléments liés à cette assistance technique, comme par exemple le cas des stages de formation, leurs durées, leurs modalités de prise en charge...etc.

En outre, le contrat de franchise doit être très clair par rapport aux coûts issus de la mise en commun de certains services techniques ou commerciaux, tel est le cas par exemple du service marketing, ou encore du service informatique, du centrale d'achat...etc.). D'ailleurs, le franchiseur doit veiller à ce que cette assistance à l'exploitation de chaque réseau franchisé ne se transforme pas en une immixtion dans la gestion des affaires des franchisés, qui doivent néanmoins conserver une certaine indépendance dans la gérance de leurs réseaux<sup>825</sup>. L'obligation d'assistance du franchiseur ne doit pas se heurter à l'autonomie du

---

<sup>825</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 novembre 1993, dans son pourvoi n° 91-18.351.

candidat franchisé, mais, le franchiseur doit néanmoins garder la faculté de fournir un véritable soutien à ses franchisés, surtout dans le cas où ils sont en difficultés<sup>826</sup>.

Par ailleurs, outre ces obligations formelles qui pèsent sur le franchiseur, on a abordé dans la dernière partie la question des autres obligations qui sont à la charge du franchiseur et qui peuvent le conduire à s'engager dans des domaines contractuelles spécifiques, comme par exemple le cas de l'exclusivité territoriale, l'évolution du savoir-faire, la mise en place de campagne de communication nationale de notoriété.

Dans ce cadre, l'obligation de développer la notoriété du réseau pèse sur le franchiseur<sup>827</sup>, et de ce fait, il doit mener régulièrement<sup>828</sup> des campagnes publicitaires et promotionnelles profitant à l'ensemble du réseau de franchise<sup>829</sup>. Par ailleurs, cette campagne publicitaire<sup>830</sup> se réalise véritablement à travers des affichages, des spots télévisés, de prospectus...etc.<sup>831</sup>. En cas de litige, la réalité des opérations publicitaires et promotionnelles pourra ressortir non seulement de ces documents, mais également de l'importance du budget qui leur aura été consacré<sup>832</sup>.

Le franchiseur doit également transmettre ces signes distinctifs, qui recouvrent les brevets, les marques, l'enseigne...etc. Par ailleurs, on a également pu en déduire que le franchiseur peut être soit propriétaire des signes distinctifs ou soit non propriétaire. Ainsi, dans le cas où il n'est pas le propriétaire, il doit être licencié principal et doit pouvoir prouver qu'il détient le droit de donner leur usage au franchisé.

---

<sup>826</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 24 septembre 2008.

<sup>827</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 445 et 537.

<sup>828</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 25 septembre 1998, *Juris-Data*, n°024245.

<sup>829</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 1994, pourvoi n° 92-10.111.

<sup>830</sup> Il faut souligner que le contrat de franchise peut prévoir des obligations en termes de publicité. Dans ce cadre, le franchiseur s'engage à produire des campagnes qui profiteront à tous les franchisés, quel que soit le territoire géographique sur lequel se trouvent leurs entreprises. Cet engagement est souvent assorti de la perception d'une redevance ayant pour objectif de financer les dépenses liées aux campagnes de publicités pour préserver la notoriété du réseau de franchise et pour lui en assurer des prestations de qualité. Le contrat peut aussi instaurer une obligation d'actualisation constante du savoir faire.

<sup>831</sup> CA Toulouse, 26 mars 1992, *Juris-Data*, n° 042566.

<sup>832</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993, pourvoi n° 91-18.215.

De surcroît, le franchiseur en transmettant ses signes distinctifs, il doit garantir leur jouissance paisible. En revanche, dans le cas d'une éventuelle atteinte à ces signes distinctifs par un tiers, par exemple, une atteinte à la marque, le franchiseur est dans l'obligation d'engager des procédures pour faire cesser cette atteinte et pour faire régulariser la situation (engager une action en contrefaçon...etc.). Par ailleurs, lorsque le franchiseur dispose simplement d'une licence, c'est-à-dire qu'il n'est pas vraiment le propriétaire de la marque, il est dans ce cas obligé d'intenter une action en concurrence déloyale ou en contrefaçon le cas échéant.

Outre les obligations relatives à la transmission du savoir faire et à la transmission des signes distinctifs, pèsent également sur le franchiseur d'autres obligations relatives à l'approvisionnement et à l'exclusivité territoriale. Ainsi, comme on a déjà vu, les clauses d'approvisionnement ne sont pas forcément de l'essence du contrat de franchise<sup>833</sup>, mais, elles sont quasi-systématiques dans le cadre de la franchise de distribution. Le franchiseur peut ainsi s'engager à fournir au franchisé les produits destinés à la vente ou le matériel nécessaire à cette activité<sup>834</sup>.

L'exclusivité territoriale est non obligatoire, mais elle intervient souvent dans le cadre de la négociation des contrats de franchise. Elle peut s'exprimer par une obligation du franchiseur sur un territoire précis : le franchiseur s'engage alors à ne pas signer de contrat de franchise avec un tiers dans le même secteur géographique. Elle peut aussi s'exprimer sur un engagement du franchiseur à une exclusivité de fournitures : le franchiseur s'engage alors à ne vendre qu'au franchisé et non à un non-franchisé à l'intérieur de sa zone exclusive.

Dans tous les cas, le franchiseur ne peut interdire à un franchisé de répondre à une demande spontanée émanant d'un secteur couvert par un autre franchisé. La création d'un site internet par un franchisé doit respecter les termes du contrat, notamment en matière d'exclusivité territoriale. En contrepartie des prestations fournies par le franchiseur, le

---

<sup>833</sup> Voir dans ce sens, CA Paris, 26 sept. 2001, *Juris-Data*, n° 155594 : le contrat ne peut être annulé pour absence d'objet, malgré l'incapacité du franchiseur « à lui fournir les produits qu'[il] s'était contractuellement engagé à remettre au franchisé, l'objet du contrat de franchise résidant, s'agissant du franchiseur, dans la transmission de son savoir faire et des signes distinctifs de son réseau ».

<sup>834</sup> CA Paris, 25 sept. 1998, *Juris-Data*, n° 024245.

franchisé se doit également de respecter un certain nombre d'obligations, à défaut de quoi, le contrat de franchise ne sera pas valablement formé et pourra même être déclaré nul (**Chapitre II**).

## Chapitre II :

### Les obligations du franchisé et l'extinction du contrat de franchise

L'objet de la franchise est la réitération de la réussite commerciale du franchiseur, c'est ainsi que le droit communautaire de la concurrence l'avait soumis à un régime très favorable, car il offrait selon D. Ferrier : « *la possibilité aux distributeurs de devenir de meilleurs, voire d'excellents compétiteurs sur le marché et par voie de conséquence, élevait le niveau de concurrence* ». *La franchise était ainsi considérée comme un facteur de concurrence et toutes les clauses restrictives de concurrence directement liées à la réitération de la réussite commerciale, c'est-à-dire au transfert du savoir faire et au respect de « homogénéité du réseau »*<sup>835</sup>, échappaient à l'application de l'article 1 D1, § 1 du TFUE<sup>836</sup>.

Dans ce cadre, pas une seule obligation n'est posée qui ne trouve son origine dans la stricte exigence d'assurer l'aiguillage vers l'atteinte systématique d'un objectif commercial fixé dans l'intérêt de tous. Ce but est constant, quelque soit le domaine d'activité de l'entreprise. Ce but consiste à réitérer une réussite commerciale<sup>837</sup> et implique que la franchise soit fondée sur le respect de deux exigences essentielles.

D'un côté, la réitération de la réussite nécessite que soit assurée la conformité de l'entreprise franchisé au savoir faire du franchiseur. D'un autre côté, cette réitération de la réussite appelle l'adaptation du concept franchiseur aux spécificités du marché local accueillant le franchisé<sup>838</sup>. Ce mécanisme constitue donc un partenariat qui trouve la source de son impulsion dans l'intérêt de chacun à la réussite de tous<sup>839</sup>.

L'homogénéité est la clé de voute du succès d'un réseau de franchise<sup>840</sup>, sur laquelle repose l'efficacité du système de franchise, elle produit un effet de synergie entre les

---

<sup>835</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *LexisNexis*, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, note 698, p.356.

<sup>836</sup> CJCE, 28 janv. 1986, Pronuptia : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 361. - Règl. n° 4087/1988, préc., art. 3.

<sup>837</sup> Ph. Bessis, « Le contrat de franchisage », Paris, *L.G.D.J.*, 1990, p.17.

<sup>838</sup> D. Ferrier, « La franchise internationale », *J.D.I.*, 1988, note 1, p.626.

<sup>839</sup> A.S. Konigsberg et A.-M. Gauthier, « Relation franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », *R.J.T.*, 1993, p.633 à 635.

<sup>840</sup>

différents franchisés. Ainsi, l'évolution du nombre des entreprises franchisés, dans le respect de l'homogénéité, permet d'assurer la notoriété du réseau de franchise sur un territoire, notoriété qui, se nourrissant elle-même, amplifie le succès de la franchise<sup>841</sup>.

L'obligation de proposer et de fournir à la clientèle toutes les prestations du franchiseur relève elle aussi de l'exigence de maintenir une homogénéité dans l'offre soumise aux clients. L'homogénéité doit se retrouver non seulement quant aux différents produits et services offerts et quant à leurs qualités intrinsèques, mais également quant à la manière de les présenter. C'est ce qui permet aux clients de se rallier à un réseau de franchise. Ces obligations impliquent d'ailleurs souvent celle de se fournir en produits, en fonction des instructions du franchiseur.

Néanmoins, en matière de franchisage, la rigueur du système est atténuée par le besoin d'adapter le concept aux différentes particularités, surtout culturelles de chaque région du monde. Dans ce cadre, le contrat de franchise peut prévoir des clauses permettant au franchisé d'adapter le concept du franchiseur aux particularités du marché sur lequel il est implanté (en Inde par exemple, un franchisé ne peut pas proposer la viande de vache aux Hindous qui la considère comme un animal sacré, il doit donc adapter son concept aux particularités culturelles locales en soustrayant de la liste des services et prestations habituellement proposés aux clients certains éléments qui, parce qu'ils ne conviennent pas aux habitudes locales de consommation, risquent de porter préjudice à l'image de marque du réseau).

Par ailleurs, cette homogénéité constitue une trace caractéristique du contrat de franchise, laquelle ne sera obtenue que par respect aux consignes du franchiseur. Ce fait est d'autant plus important si on considère que la franchise est la réitération d'un succès, puisqu'il serait impossible d'atteindre cette réitération en désaccord avec les consignes données au franchisé<sup>842</sup>. L'obligation de conformité qui pèse sur le franchisé, trouve son origine dans la nécessité de contrôle qui doit s'effectuer par le franchiseur. L'homogénéité est

---

<sup>841</sup> D. Ferrier, *op. cit.*, note 1, p.630.

<sup>842</sup> D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », in *Mél. J.-J. Burst*, p. 157.



donc le garant du succès, toutes les parties ont intérêt à la respecter. Un remarquable dispositif de contrôle vient alors sceller tous le système.

Les obligations du franchisé constituent la contrepartie des obligations essentielles du responsable du réseau de franchise. Ainsi, la contrepartie de l'obligation de la transmission du savoir faire du franchiseur est le paiement du droit d'entrée du franchisé, à l'obligation d'assistance technique et commerciale, à la fourniture des signes distinctifs et à l'obligation visant à assurer la notoriété du réseau du franchiseur (la publicité....etc.), la contrepartie à toutes ces obligations est le paiement des redevances par le franchisé.

Ainsi, le régime juridique de la franchise découle donc de l'exigence d'assurer la réussite de ce dispositif, dont il est possible de déduire les obligations imposés aux différentes parties à un contrat de franchise. Dans ce contexte, il faut mettre l'accent sur le contour du fardeau obligationnel incombant au candidat franchisé (**Section I**). Ces obligations du franchisé font partie intégrante des obligations essentielles du contrat de franchise, dont une éventuelle violation peut entraîner l'extinction du contrat de franchise (**Section II**).

### **Section I : Les obligations financières et les obligations découlant du transfert du savoir faire**

Dans la pratique, le contrat de franchise impose des obligations financières à l'égard du candidat franchisé qui souhaite intégrer un réseau de franchise. Ces obligations sont relatives au fait que, dès la conclusion du contrat de franchise, un droit d'entrée qui, schématiquement, est la contrepartie du droit d'entrée du franchisé dans le réseau de franchise. En outre, tout au long du rapport contractuel, des redevances doivent être réglés par le franchisé au franchiseur, en contrepartie de la transmission du savoir-faire, de la fourniture de l'assistance technique et commerciale et du droit d'usage des signes distinctifs du réseau (**Paragraphe I**). D'autres obligations viennent en outre s'ajouter aux obligations communément mises à la charge du franchisé et qui sont relatives, d'une part à la réitération de la réussite du franchiseur (**Paragraphe II**), et d'autre part, à l'exclusivité, à la vente et aux garanties de paiement (**Paragraphe III**).

## Paragraphe I : Les obligations pécuniaires du franchisé

En contrepartie des avantages que lui procure le contrat de franchise et conformément à son obligation à l'égard du franchiseur, le franchisé est tenu de payer une redevance. Celle-ci peut se décomposer en deux : d'une part, un droit d'entrée appelé également « *redevance initiale forfaitaire* » (**Sous-Paragraphe 1**), et d'autre part, une redevance dite d'exploitation (**Sous-Paragraphe 2**).

### *Sous-Paragraphe 1 : L'obligation de paiement du droit d'entrée*

Le droit d'entrée, qui peut encore être désigné par l'expression : « *redevance initiale forfaitaire* (RIF en abrégé) »<sup>843</sup>, est réclamé à tous les candidats franchisés, dès lors qu'ils décident de s'engager dans le cadre d'un contrat de franchise. Ce droit d'entrée se distingue des royalties par le fait qu'il n'est réclamé qu'une seule fois (à la conclusion du contrat), alors que les redevances sont versées périodiquement pendant toute la durée de l'engagement contractuel.

Autres différences existent et tiennent principalement à la finalité même du droit d'entrée, qui couvre généralement la rémunération des investissements du franchiseur, ainsi que les prestations et services rendus aux candidats franchisés et ceux avant même l'ouverture de leurs entreprises. A l'inverse, les royalties rémunèrent les prestations réalisées par le franchiseur, après l'ouverture du point de vente du franchisé et pendant toute la durée du contrat.

Par ailleurs, le droit d'entrée n'a pas uniquement comme cause la transmission du savoir faire, qui constitue néanmoins l'objet de l'engagement obligationnel le plus important du franchiseur et la cause primordiale ayant déterminée l'entrée du candidat franchisé dans le réseau du franchiseur. C'est ainsi que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a

---

<sup>843</sup> Ph. Le Tourneau préfère utiliser l'expression « *redevance initiale forfaitaire* » à la place de droit d'entrée, il utilise aussi d'autres formules comme : « *rémunération initiale* », « *droit de franchise* », ou encore « *pas de porte* », « Les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n°14.

décidé dans son arrêt du 26 juin 2007, que : « *la restitution du droit d'entrée pour défaut de contrepartie réelle, tout en constatant que la transmission du savoir faire n'ayant pas été effectuée* »<sup>844</sup>. Le droit d'entrée correspond donc à un montant versé au franchiseur au début du contrat de franchise. Ce montant fait partie des règles du franchisage et peut également être appelé : « *up front payment* » ou « *lump sum* ». Généralement, c'est un montant fixe versé au franchiseur pour pouvoir accéder à son réseau de franchise, à son savoir faire et à son expérience professionnelle.

Par ailleurs, le montant du droit d'entrée varie selon les réseaux de franchise et plusieurs éléments sont pris en compte pour en déterminer ce montant, c'est le cas par exemple des éléments relevant de manières directes des services accomplis par le franchiseur (notamment la transmission de son savoir faire ou encore la remise d'une bible contenant tout le savoir faire du franchiseur...etc.)<sup>845</sup>. Néanmoins, il arrive parfois que le montant correspondant à la transmission du savoir faire du franchiseur n'a plus raison d'être<sup>846</sup>, surtout dans l'hypothèse où le franchisé déjà en place envisage d'ouvrir dans un nouvel établissement : un rabais lui est consenti parce qu'il n'y aura pas de communication de savoir-faire, mais seulement les autres services habituellement assurés par le franchiseur<sup>847</sup>.

D'ailleurs, cette obligation de payer un droit d'entrée se justifie par le fait qu'elle a comme contrepartie la transmission du savoir faire, de l'assistance technique et la concession de droits sur certains éléments comme la marque et l'enseigne. Mais, D. ferrier considère à ce propos que : « *le droit d'entrée représente uniquement la contrepartie de la communication du savoir faire du franchiseur au franchisé* »<sup>848</sup>, contrairement à Ph. Le Tourneau qui estime que : « *la redevance initiale forfaitaire est la contrepartie de prestations et des services dont bénéficie le franchisé avant l'ouverture de son établissement et de la communication du savoir faire* »<sup>849</sup>.

---

<sup>844</sup> Cass. com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-13.211 ; JCP E 2008, p. 25, note D. Mainguy, J.-L. Respaud.

<sup>845</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *op. cit.*, n° 706, considérant que : « pour des raisons de transparence à l'égard des franchisés, et de prudence à l'égard du fisc, il est recommandé de ventiler la redevance initiale en fonction des prestations qu'elle rémunère: communication d'un savoir-faire...etc. »,

<sup>846</sup> Dans la mesure où le savoir faire transmis par le franchiseur est déjà connu du franchisé, puisqu'il fait partie de son réseau.

<sup>847</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *op. cit.*, n° 706

<sup>848</sup> *Ibid.*

<sup>849</sup> Ph. le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *Litec*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 232.

La jurisprudence accorde beaucoup d'importance à cette obligation de paiement d'un droit d'entrée. C'est ce qui résulte d'un certains nombres d'arrêts, dont celui rendu par la Cour d'appel de Paris, le 16 juin 1992, où un franchisé a été condamné à payer le droit d'entrée, parce qu'il se refusait à le faire<sup>850</sup>. C'est ce qui résulte également d'un arrêt rendu cette fois-ci par la Cour de cassation, le 14 janvier 2003, dans lequel il a été décidé que : « *le franchisé qui ne paye pas le solde du droit d'entrée manque à ses obligations contractuelles, ce qui justifie la résiliation du contrat à ses torts exclusifs, lorsque le franchiseur a rempli les siennes* »<sup>851</sup>.

De surcroît, dans sa décision du 7 février 1995, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a déclaré qu' : « *un franchisé ne saurait suspendre le paiement de la redevance qui constitue sa principale obligation contractuelle sans qu'aucun manquement grave ne puisse être reproché au franchiseur* »<sup>852</sup>. En outre, dans un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 5 avril 2006, la Cour a décidé de résilier le contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé en raison du non paiement de la totalité du droit d'entrée<sup>853</sup>.

La jurisprudence considère également qu'en l'absence de paiement de droit d'entrée, le contrat de franchise ne serait être valablement formé. C'est ce qui résulte par exemple d'un arrêt rendu le 3 novembre 1994 par la Cour d'appel de Paris, où la Cour a estimé qu' : « *[...] aucun des documents produits ne permet de s'engager de façon définitive; que le fait que le chèque [...] que les époux X...lui ont remis [...] n'ait jamais été encaissé, implique au contraire que la société intimée était réticente et que l'échange des consentements n'était pas parfait; qu'il en résulte qu'aucune preuve n'est apportée de l'existence tant d'une convention écrite que même d'un accord de franchise unissant les consorts X...à la société Y...* »<sup>854</sup>.

En plus, dans une affaire datant du 31 janvier 2006, la Cour d'appel de Colmar a décidé elle aussi qu' : « *en l'absence de l'obligation de paiement du droit d'entrée, un contrat*

---

<sup>850</sup> CA Paris, 16 juin 1992, *Juris-Data*, n° 021679.

<sup>851</sup> Cass. com., 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-10.120.

<sup>852</sup> Cass. com., 7 février 1995, n° 92-21.816 ; Voir aussi dans ce sens F. Dekeuwer-Defossez et E. Blary-Clement, « Droit commercial », *Montchrestien*, Paris, 2007, 9<sup>ème</sup> éd., p. 230.

<sup>853</sup> CA Paris, 5 avril 2006, *Juris-Data*, n° 298242.

<sup>854</sup> CA Paris, 3 novembre 1994, *Juris-Data*, n° 025094.

ne peut être qualifié de contrat de franchise »<sup>855</sup>. Cet avis est également partagé par la doctrine qui considère que : « [...] tout contrat de franchisage ne prévoyant pas le versement d'une redevance initiale forfaitaire n'est pas, à priori, un véritable contrat de cette nature, mais une concession, soit simple, soit exclusive (ou un franchisage médiocre, dont le concept est illusoire) »<sup>856</sup>.

Par ailleurs, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai, le 16 décembre 2010, il a été décidé qu' : « une clause du contrat, prévoyant notamment qu'au cas où le franchisé n'obtiendrait pas les diplômes et certificats nécessaires à l'exercice de l'activité, le franchiseur remboursera au franchisé l'intégralité du droit d'entrée, mais conservera le coût de la formation payante qui a été validée. Aussi, le franchisé a été débouté de ses demandes de remboursement des frais de formation et frais de séjour engagé à cette occasion »<sup>857</sup>.

Aussi, le 19 juillet 2011, la Cour d'appel de Colmar a permis au franchiseur de conserver une partie du droit d'entrée<sup>858</sup>, pour cause d'annulation du contrat de franchise »<sup>859</sup>. Mais, dans une affaire récente, datant du 27 juin 2012, la Cour d'appel de Paris a décidé de restituer totalement le droit d'entrée versé par le franchisé au franchiseur, en estimant que : « l'annulation du contrat emportant obligation de restitution de la somme de 20 500 euros versée au titre du droit d'entrée et des frais de lancement ».

De manière générale, le prix doit être déterminé sous peine de nullité, sans pour autant admettre dans ce cadre la présomption qui permet de payer le droit d'entrée à la fin du contrat de franchise<sup>860</sup>, avec pour base de calcul les résultats du franchisé réalisés pendant

---

<sup>855</sup> CA Colmar, 31 janvier 2006, *Juris-Data*, n° 304798.

<sup>856</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 612.

<sup>857</sup> CA de Douai chambre 02, section 01, 16 décembre 2010, n° 09/03535.

<sup>858</sup> Néanmoins, il faut souligner qu'une solution contraire avait été adoptée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 12 octobre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 309 : en décidant qu' : « en cas de résolution du contrat de franchise, la redevance initiale forfaitaire devra être rendu à celui qui l'avait versée (au franchisé) ». Voir aussi un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu le 17 novembre 1998, *Pluri public: JCP E* 1999, *Cah. dr. entr.* n° 2, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud : la Cour a décidé dans cet arrêt que les restitutions devant être totales, !S afin de remettre les choses en l'état antérieur (la situation de la résiliation est très différente, Puisqu'elle opère uniquement pour l'avenir)».

<sup>859</sup> CA Colmar, 19 juillet 2011, *Rev. Concurrences* 2011, p.4, note D. Ferrier.

<sup>860</sup> C'est le cas par exemple de « *ITM* » qui procède ainsi depuis 1992. Le montant de ce droit avait été d'abord fixé à 5 % du chiffre d'affaires TTC puis, à partir de 1997, à 10 %, calculé sur la moyenne des trois dernières années.

toute la période de l'engagement contractuel, jusqu'à l'arrivée de son terme<sup>861</sup>, car il s'agit selon D. Ferrier d'un « *droit de sortie* », pénalisant le franchisé qui réussit<sup>862</sup>.

La doctrine de sa part accorde elle aussi beaucoup d'importance à cette obligation de paiement d'un droit d'entrée qui pèse sur le franchisé. Ainsi, Ph. Le Tourneau considère dans ce sens que : « *l'absence de paiement de droit d'entrée peut être considéré comme un signe de l'indigence du savoir faire. Le versement d'une redevance initiale forfaitaire est donc légitime dans le franchisage. Le franchisé gagne du temps, c'est-à-dire, dans les affaires, de l'argent. Du reste, ces éléments lui permettent la réalisation d'économies sur les investissements nécessaires, ne serait-ce que parce qu'il n'a pas à acquérir un fonds existant : il peut créer un fonds nouveau, qui sera vite achalandé grâce au renom de la marque et du « système » du franchiseur. C'est là une distinction certaine avec les concessions libres et exclusives, où une telle redevance serait injustifiée, manquerait de cause* »<sup>863</sup>.

L'obligation de paiement d'un droit d'entrée est également prévue par les différentes législations communautaires et internationales. C'est le cas par exemple de la législation italienne qui impose au franchisé de verser un montant à son franchiseur en contrepartie de la transmission par celui-ci de son savoir faire, de ses signes distinctifs et de son enseigne<sup>864</sup>.

En droit belge, cette obligation de paiement du droit d'entrée est prévue par l'article 5 de la loi belge du 19 décembre 2005 relative aux accords de partenariat commercial (franchise). Par ailleurs, la jurisprudence belge insiste sur le fait que cette obligation doit être

---

<sup>861</sup> Voir dans ce sens le Projet de loi « Lefebvre », qui accorde cette possibilité, surtout lorsque le franchisé exploite un commerce alimentaire de détail (Article L. 340-4 du Code de commerce): D.2012,85, obs. M. Malaurie-Vignal.

<sup>862</sup> D. Ferrier, « Droit de la distribution », *op. cit.*, n° 706 ; Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 619, est aussi de cet avis parce qu'il estime lui aussi comme D. Ferrier que : « cette disposition est présentée comme favorable aux franchisés, leur facilitant l'insertion dans le réseau, puisqu'ils n'ont pas de somme à déboursier à ce moment-là. Mais son mode de calcul, fonction du chiffre d'affaires, présente un caractère arbitraire; car le montant de cette redevance est fixé au fond comme les redevances d'exploitation, alors qu'elle est la contrepartie de l'avantage dont profite le franchisé en entrant dans le réseau. D'autre part, le pourcentage prévu (au demeurant du chiffre d'affaire et non du bénéfice) aboutit à des montants excessifs, de sorte que cette redevance dissuade les franchisés de quitter le réseau ».

<sup>863</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 612.

<sup>864</sup> Ces dispositions sont prévues par la loi italienne de 2004 qui définit le droit d'entrée comme étant la somme initiale proportionnée à la valeur économique et aux possibilités de développement du réseau, à verser lors de la conclusion du contrat.

honorée et qu'un éventuel manquement de cette obligation peut entraîner la nullité du contrat de franchise-appelé en droit belge « accord de partenariat commercial »- et la restitution des sommes versées au titre de paiement du droit d'entrée. C'est ce qui résulte par exemple de deux arrêts du Tribunal de commerce de Liège, rendus le 14 mai 2009, dans lesquels le Tribunal a consacré le principe selon lequel : « *en matière de contrat de franchise, l'annulation de ce contrat aura comme conséquence que les droits d'entrée payés au franchiseur devront être restitués au franchisé* »<sup>865</sup>.

En ce qui concerne la législation américaine, le paiement d'un droit d'entrée ou d'une redevance initiale forfaitaire constitue un élément primordial qui permet de distinguer le contrat de franchise des autres contrats de distribution. Par ailleurs, le droit américain a laissé beaucoup d'autonomie aux parties pour pouvoir déterminer librement le montant à verser au titre de l'obligation de paiement du droit d'entrée. Mais, il a néanmoins précisé que son montant ne doit être inférieur à cinq cent Dollars et qu'il doit être versé dans les six mois qui suivent le démarrage du point de vente<sup>866</sup>.

Il précise également qu'une redevance forfaitaire initiale doit être versée au début de la procédure de franchise, qui sera restituée au franchisé si ce dernier ne parvient pas à sélectionner un site ou à préparer les installations nécessaires. Ce versement constitue donc un droit d'entrée correspondant à l'obligation de paiement d'une redevance initiale forfaitaire prévue par les différentes législations. Mais, au-delà de son obligation de paiement d'une redevance initiale forfaitaire, le franchisé est également tenu de payer un autre type redevance (**Sous-Paragraphe 2**).

### ***Sous-Paragraphe 2 : Les redevances d'exploitation***

Parmi les obligations essentielles du franchisé, celle ayant pour objet le versement d'une rémunération au responsable du réseau de franchise. Cela commence d'abord par le paiement d'un droit d'entrée, puis continu par la suite pendant toute la durée de l'engagement

---

<sup>865</sup> Arrêts rendus par le Tribunal de commerce de Liège, le 14 mai 2009, R.G. A/07/2525-2622 et A/07/2524-2620.

<sup>866</sup> Ces dispositions sont prévues par la Federal Trade Commission, Compliance Guide, mai 2008, p. 4.

contractuel, par le versement d'une redevance, relativement rarement, elle est forfaitaire par mois, par trimestre ou par an<sup>867</sup>. Une redevance proportionnelle au chiffre d'affaires traduit et renforce le devoir de collaboration des parties pendant l'exécution du contrat<sup>868</sup>.

Cette redevance<sup>869</sup> est versée par le franchisé au franchiseur en contrepartie des prestations rendues par ce dernier<sup>870</sup>, pour lui permettre ainsi de financer la réalisation de ces prestations dûes au titre desdites obligations. Mais, il arrive dès fois que le franchisé ne paye pas ces redevances, en prétendant que les services fournis par le franchiseur n'existent pas<sup>871</sup> ou encore qu'il existe un manquement justifiant la suspension de versements de ces redevances. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 7 février 1995, aux termes duquel: « *attendu que l'arrêt relève que la société Manela (...) a adressé une sommation interpellative au franchiseur pour lui signifier l'intention commune des franchisés de suspendre le paiement de la redevance qui constituait leur principale obligation contractuelle, sans qu'il puisse être reproché au franchiseur aucun manquement grave en dehors de troubles mineurs, ne constituant pas des obligations essentielles, nés de l'ouverture de la procédure collective; qu'à partir de ces constatations et appréciations, c'est en donnant une base légale à sa décision que la Cour d'appel a retenue que le syndic n'avait fait qu'utiliser la faculté que lui donnait l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 de ne pas poursuivre l'exécution du contrat avec la société Manela qui avait manifesté sa volonté, sans que cette attitude soit justifiée, de ne plus assurer ses obligations* »<sup>872</sup>.

Dans ce contexte, le contrat de franchise peut prévoir des pénalités de retard et le franchisé ne peut faire jouer le mécanisme de l'exception de l'inexécution. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 mai 1999, la Cour a décidé que : « *les agences reconnaissent que, dès l'année 1993, « la majeure partie des franchisés étaient en retard de leur redevance », (...) Que dès lors, ce manquement a nécessairement rendu plus difficile pour*

---

<sup>867</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 620.

<sup>868</sup> Ibid.

<sup>869</sup> Cette redevance est le plus souvent calculée en fonction du chiffre d'affaire du franchisé.

<sup>870</sup> Dans ce cadre, le franchisé qui estimerait ces obligations non exécutées, pourrait refuser de payer les redevances en faisant jouer le mécanisme de l'exception d'inexécution.

<sup>871</sup> F. Dekeuwer-Defossez et E. Blary-Clement, « Droit commercial », Montchrestien, Paris, 2007, 9<sup>ème</sup> éd., p. 230.

<sup>872</sup> Cass. com., 7 févr. 1995, pourvoi n° 92-21.816.



*celle-ci l'exécution de ses obligations ; (...) la société FAI était ainsi privée des ressources nécessaires pour exécuter ses propres obligations»<sup>873</sup>.*

De surcroît, dans un autre arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>874</sup>, le 3 mars 2009, il a été décidé que : « *les pénalités de retard sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats* »<sup>875</sup>. De plus, le défaut de paiement de cette redevance, entraînant l'impossibilité pour le franchiseur de calculer son montant, est de nature à entraîner la responsabilité contractuelle du franchiseé<sup>876</sup>.

Par ailleurs, les redevances peuvent faire l'objet d'une indexation, dont il est très important de préciser le mode de calcul et la nature de l'indice qui a été appliqué. Ainsi, la Cour de cassation, dans sa décision rendue le 13 janvier 2009, a décidé de casser l'arrêt rendu en appel par la Cour de Paris, le 22 janvier 2009<sup>877</sup>, qui avait validé le calcul fait par le franchiseur, en approuvant l'analyse faite par ce dernier quant à la date de la révision, et en considérant que le nouveau taux de la redevance n'était pas autrement contesté. La Cour de cassation casse cet arrêt après avoir constaté que : « *les franchiseés faisaient valoir que le franchiseur n'explicitait à aucun moment le mode de calcul et l'indice appliqué* »<sup>878</sup>.

Par ailleurs, lorsqu'elles sont stipulées, les redevances peuvent être scindées en trois autres redevances, correspondant aux obligations que le franchiseur assume : la première est la redevance d'assistance pour l'obligation d'assistance, la deuxième est la redevance d'enseigne et de marque pour l'obligation de mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle, et la troisième est la redevance de publicité, pour financer la publicité ou le marketing<sup>879</sup>.

---

<sup>873</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 mai 1999, *Juris-Data*, n° 024685.

<sup>874</sup> Cet arrêt de 2009, rendu au visa de l'article L. 441-6 du Code de commerce affirme l'origine légale des pénalités de retard, qui sont exigibles malgré le silence du contrat de franchise, surtout dans l'hypothèse d'un retard de paiement.

<sup>875</sup> Cass. com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-16527.

<sup>876</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 18 mars 2009, *Juris-Data*, n° 2009-002274.

<sup>877</sup> CA Paris, 22 janvier 2009, *RG* n° 06/14035.

<sup>878</sup> Cass. com., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-12375.

<sup>879</sup> C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, « Droit de la franchise », *Litec*, 2011, note 205, p.156.

Ainsi, les sommes perçues dans le cadre de l'obligation d'assistance permettent au franchiseur de réaliser deux genres d'opérations, d'une part, ça lui permet de financer les prestations relatives à l'assistance fournie aux franchisés, et, d'autre part, financer les recherches visant à faire évoluer son savoir faire<sup>880</sup>. Le paiement d'une telle redevance constitue un élément essentiel du contrat de franchise et une obligation primordiale du franchisé.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a jugé que : « *le défaut de paiement des redevances donnait matière à résiliation unilatérale par [le franchiseur], et a fortiori à refus de renouvellement* »<sup>881</sup>. Néanmoins, les franchisés disposent toujours de la faculté de demander des prestations au franchiseur, en plus de l'assistance prévue au contrat de franchise. Toutefois, ces prestations ne seront pas rémunérées par la redevance d'assistance, mais par une redevance spécifique, s'ajoutant ainsi aux autres redevances légales prévues par le contrat de franchise<sup>882</sup>.

Il faut souligner enfin l'existence d'une grande confusion entre les redevances d'assistance et les redevances d'enseigne et de marque<sup>883</sup>. Le franchisé est également tenu de verser au franchiseur une redevance publicitaire qui lui permet de financer les campagnes publicitaires, ayant pour objectif d'assurer la notoriété du réseau. Dans ce cadre, la Cour d'appel de Paris a décidé dans son arrêt rendu le 19 avril 2000, que : « *le versement d'une redevance publicitaire contribue au fond national de communication* »<sup>884</sup>. De plus, dans une autre affaire, une entreprise franchisée a été condamnée à verser à la société franchiseur, une indemnité au titre de sa participation au budget de publicité du réseau<sup>885</sup>, sans compter son devoir de procéder à une publicité locale<sup>886</sup>.

---

<sup>880</sup> Pour de plus amples informations sur ce sujet, voir la partie de notre étude relative à la transmission et à l'évolution du savoir faire.

<sup>881</sup> CA Paris, 13 juill. 1990, *Juris-Data*, n° 023627.

<sup>882</sup> C'est ce qui résulte par exemple d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 18 juin 2002, dans son pourvoi n° 99-20788.

<sup>883</sup> Voir dans ce sens, CA Paris, 19 avril 2000, *Juris-Data*, n° 1362228 : Ces redevances d'enseigne et de marque, qui rémunèrent le droit d'usage accordé par le franchiseur au franchisé sur ses signes distinctifs, sont confondues avec les redevances d'assistance, sous l'appellation « redevance de franchise » (CA Paris, 20 février 2008, RG n°5/21773).

<sup>884</sup> Voir notamment dans ce sens, CA Paris, 19 avril 2000, *Juris-Data*, n° 1362228.

<sup>885</sup> CA Paris, 20 févr. 2008, RG n° 05/21773.

<sup>886</sup> Cette redevance est le plus souvent versée sous forme de somme forfaitaire mensuelle : par exemple cette somme est de 358 chez *Physionomis*, dont 195 pour la publicité nationale et 163 pour la publicité locale.

En conséquence, le franchiseur qui reçoit des redevances d'exploitation valorise ainsi son savoir faire. Il réinvestit en principe immédiatement les sommes en question, ce qui entraîne une croissance rapide de son réseau de franchise<sup>887</sup> et une évolution assez constante de son savoir faire, ce qui peut assurer à ses candidats franchisés beaucoup de succès. Pour se faire, d'autres obligations relatives à la réitération de la réussite pèsent sur ces franchisés (**Paragraphe II**).

**Paragraphe II : Les obligations du franchisé relevant de l'appartenance à un réseau et liées à la réitération de la réussite du franchiseur.**

Ces obligations sont relatives d'une part, au respect et à la confidentialité du savoir faire transmis par le franchiseur dans le cadre de ses obligations à l'égard du franchisé (**Sous-Paragraphe 1**), et d'autre part, au droit de concession sur les signes de ralliements qui assurent la notoriété du réseau et qui doivent être utilisés systématiquement et fidèlement dans les relations avec la clientèle (**Sous-Paragraphe 2**).

***Sous-Paragraphe 1 : L'obligation de garder secret les éléments du savoir faire et l'obligation de non-concurrence contractuelle***

Tout contrat de franchise suppose une étroite collaboration des différentes parties à un but commun, qui est l'augmentation des parts de marché et la satisfaction de la clientèle du réseau de franchise, auxquelles elles ont tous deux intérêts. Certes, l'exécution de tout contrat suppose une collaboration des parties, mais cette exigence est particulièrement vive dans le contrat de franchisage<sup>888</sup>. Dans ce contexte, le contrat de franchise a pour finalité principale l'exploitation du savoir faire transmis par le franchiseur à son franchisé. Dans ce cadre, cette transmission emporte en contrepartie l'exigence pour le franchisé de respecter et de garder secret le savoir faire transmis (**A**), et l'obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat de franchise (**B**).

---

<sup>887</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 626.

<sup>888</sup> Y. Picod, « L'Obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318.

## **A- L'obligation de respecter et de garder secret les éléments du savoir faire :**

Le franchiseur qui transmet son savoir faire à son franchisé cherche principalement à réitérer sa réussite commerciale, qui repose en grande partie sur l'homogénéité du réseau, puisque selon F.-L. Simon : « *la clientèle qui est attachée à une enseigne s'attend à retrouver dans chacun des points de vente qui l'arborent les mêmes prestations que celles qui l'ont séduite au premier abord, offertes dans des conditions identiques et revêtant une qualité semblable. Décevoir l'attente de la clientèle à cet égard pourrait avoir un effet désastreux pour le réseau qui, en perdant son homogénéité, perdrait son identité et ne représenterait plus, aux yeux des clients, une garantie de qualité* »<sup>889</sup>.

En effet, la réitération de la réussite du franchiseur repose sur le respect du savoir-faire qui, selon les propos de J.-M. Leloup : « *risquerait d'échapper au franchisé récalcitrant* »<sup>890</sup>. Le franchisé est donc tenu au premier chef de respecter le savoir faire de son franchiseur (1), de mettre en œuvre les mises à jour relatifs à ce savoir faire (2) et de le garder secret (3).

### **1- Le respect du savoir faire par le franchisé :**

La qualification du contrat de franchise en « *contrat d'adhésion* » devrait traduire la participation de ce genre de contrat à la mise en place ou à l'expansion d'une opération multicontractuelle<sup>891</sup> et complexe<sup>892</sup>, dont l'objet est de forger une image de marque auprès de la clientèle, grâce à l'homogénéité des offres<sup>893</sup> qui leurs sont soumises, dans l'objectif d'assurer la réussite commerciale des différentes parties au contrat. Cela passe aussi par l'homogénéité de l'ensemble du réseau de franchise et toutes les obligations qui pèsent sur le

---

<sup>889</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *Joly éditions*, 2009, p. 212, note n° 300.

<sup>890</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, Droit et pratique », *Delmas, 4<sup>ème</sup> éd.*, 2004, n° 370.

<sup>891</sup> G.-J. Virrassamy, « Les contrats de dépendance », coll. « Bibl. de droit privé », Paris, *L.G.D.J.*, 1986, p. 47.

<sup>892</sup> J. M. Mousseron et A. Seude, « À propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.1973.chr.197*, p. 206.

<sup>893</sup> V. D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », *op. cit.*, p. 157 : qui déclare dans ce sens que « *L'homogénéité de l'offre est une trace caractéristique du contrat de franchise, laquelle sera obtenue que par respect aux consignes du franchiseur* ».

franchisé tourne autour d'une idée centrale visant principalement à assurer le respect de cette homogénéité exigée par le franchiseur afin d'assurer la réitération de son succès commercial.

Dans ce cadre, le franchiseur transmet son savoir faire au franchisé qui doit l'exploiter. Cette exploitation constitue naturellement, au même titre que la transmission du savoir-faire par le franchiseur, une obligation fondamentale du contrat de franchise.

Ainsi, comme le franchiseur souhaite réitérer sa réussite, le franchisé est tenu de mettre en œuvre le savoir faire transmis, pour que la clientèle du réseau retrouve dans tous les points de vente les mêmes prestations et services fournis par le franchiseur, mais aussi afin de maintenir la notoriété du réseau, tant et si bien que « *la mise en œuvre du savoir-faire dans sa totalité est donc non seulement un droit pour le franchisé, mais également une obligation* »<sup>894</sup>.

Par ailleurs, ces éléments d'ordre obligationnel imposé au franchisé sont contenus dans le *DIP* servant de support à la transmission du savoir-faire du franchiseur. Ce système a été expressément prévu par l'arrêt de la CJCE, du 28 janvier 1986, aux termes duquel : « *le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau (...), il en résulte que les clauses organisant le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas (...) des restrictions de concurrence au sens de l'article 85 § 1. Il en va ainsi d'abord de l'obligation pour le franchisé d'appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et d'utiliser le savoir-faire transmis. Tel est le cas encore de l'obligation du franchisé de ne pas vendre les marchandises visées au contrat que dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur, laquelle a pour objet de garantir une prestation uniforme répondant à certaines exigences* »<sup>895</sup>.

Ainsi, commet une faute contractuelle le franchisé qui ne respecte pas les normes de nomenclature comptable de gestion du réseau. Dans ce cadre, la Cour d'appel de Rennes avait considéré dans son arrêt du 17 juin 2008, que : « *les comptes prévisionnels, supérieurs de 86 %, puis de 145 % et 148 % aux résultats obtenus par le franchisé (ces derniers étant*

---

<sup>894</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, p.212, note n° 300.

<sup>895</sup> CJCE, 28 janv. 1986, préc., p. 20 et s.

*conformes à la moyenne des chiffres d'affaires du réseau) étaient élaborés sans sérieux »<sup>896</sup>. Néanmoins, sauf stipulation contraire du contrat, sa résiliation aux torts exclusifs du franchisé implique d'apporter la preuve que la transgression du concept par ce dernier revêt une certaine gravité<sup>897</sup>.*

Par ailleurs, la renonciation du franchiseur à se prévaloir de la faute contractuelle commise par le franchisé qui ne respecte pas les normes du réseau ne saurait être implicite. Ainsi, dans sa décision du 19 décembre 2006<sup>898</sup>, la Cour d'appel d'Angers a jugé que : *« le franchiseur pouvait se prévaloir des manquements d'un franchisé au respect du concept jusqu'à la signification par celui-ci de la résiliation du contrat dans le cadre d'une demande reconventionnelle, même si ces manquements avaient pu être constatés par la visite effectuée par les agents du franchiseur dans l'établissement dudit franchisé sans réaction postérieure du franchiseur »<sup>899</sup>.*

Dans cette affaire, le franchisé se prévalait d'une « lettre de félicitation » reçue du franchiseur après une visite mystère pour démontrer l'accord du franchiseur avec sa politique commerciale; cette lettre a néanmoins été analysée comme une « lettre d'encouragement », faisant suite à la note de 10,88/20, légèrement inférieure à la moyenne de référence de 12/20, et ne pouvant constituer « un satisfecit donné par le franchiseur au franchisé sur sa façon d'exécuter le contrat de franchise »<sup>900</sup>.

Par ailleurs, le franchiseur est tenu d'exercer un contrôle sur le franchisé pour s'assurer du respect du savoir faire transmis. Ce contrôle se justifie selon J.-E. De Cockborne par le fait que : *« la satisfaction ou le mécontentement des clients soit directement associé au nom du franchiseur justifie en particulier le fait que le franchiseur doive exercer un contrôle*

---

<sup>896</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, le 17 juin 2008, *Juris-Data*, n° 2008-006572.

<sup>897</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 10 septembre 2008, *RG*, n° 06/03262.

<sup>898</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel d'Angers, le 19 décembre 2006, *Juris-Data*, n° 330903.

<sup>899</sup> Voir aussi dans ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux, le 24 janvier 2007, *RG* n° 04/06594 : *« le fait d'avoir perçu les redevances sur la totalité du chiffre d'affaires, comprenant la commercialisation de produits non référencés par le franchiseur, ne constitue pas de la part de celui-ci une acceptation de la vente desdits produits, ce qui n'est pas non plus le cas du fait que certains franchisés commercialisent certains produits dont il n'est pas certain qu'ils soient référencés ».*

<sup>900</sup> Dans cet arrêt, il a été également décidé que : *« le fait d'avoir perçu les redevances sur la totalité du chiffre d'affaires, comprenant la commercialisation de produits non référencés par le franchiseur, ne constitue pas de la part de celui-ci une acceptation de la vente par le franchisé desdits produits ».*

*plus étroit sur les franchisés pour maintenir la réputation du réseau »*<sup>901</sup>. Ce contrôle s'exerce de deux manières : soit à travers des visites effectuées par le franchiseur lui-même ou par ses préposés (qui peut être un contrôle ouvert ou anonyme), ou soit lors du contrôle effectué sur la comptabilité du franchisé et plus particulièrement son chiffre d'affaire<sup>902</sup>. Ce contrôle est prévu par des clauses insérées dans le contrat de franchise, dont le franchisé est obligé de s'y soumettre<sup>903</sup>.

Ce qui justifie ce contrôle, selon Ph. Le Tourneau : *« c'est l'intérêt commun ; que l'un de ses membres soit défaillant, le réseau pâtira globalement de l'altération de l'image de marque qui en résultera. De même que « chaque sentinelle est responsable de tout l'empire », chaque franchisé est responsable de tout le réseau. Les contrôles sauvegardent donc l'intérêt commun, maintenant la cohésion de : l'ensemble en faisant respecter la loi commune »*<sup>904</sup>.

De plus, ces clauses de contrôle sont tout à fait en conformité avec le droit communautaire de la concurrence, puisque : *« le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne. Les clauses qui organisent le contrôle sont indispensables à cette fin, et ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1 »*<sup>905</sup>. De manière générale, c'est le contrat de franchise qui définit les modalités de ce contrôle et qui prévoit le cas échéant des sanctions contre le franchisé qui ne respecte pas ses engagements, surtout ceux relatifs au respect du savoir faire transmis par le franchiseur. Ce franchisé est également tenu de mettre en œuvre tous les éléments du savoir faire transmis (2).

---

<sup>901</sup> J.-E. DE Cockborne, « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, avril-juin 1989, p. 181 et s.

<sup>902</sup> Voir en ce sens le 3<sup>ème</sup> Paragraphe du 1<sup>er</sup> Chapitre de la Deuxième Partie de notre étude.

<sup>903</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 11 décembre 2007, *RG n° 06/02396*.

<sup>904</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 233.

<sup>905</sup> CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia deParis Irmgard Schillgallis*, *Rec. CJCE*, 1353, comm. In J.-P. Clément, M.-C. Boutard-Labarde, « La franchise et le droit européen de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 1986, p. 228 et s.

## 2- La mise en œuvre du savoir faire :

La réitération de la réussite du franchiseur implique que le franchisé est dans l'obligation de mettre en œuvre le savoir faire que son franchiseur lui a transmis, « *et ce, afin que la clientèle retrouve dans tous les points de vente du réseau les mêmes prestations et afin de maintenir l'image du réseau* »<sup>906</sup>, tant et si bien que : « *la mise en œuvre du savoir-faire dans sa totalité est donc non seulement un droit pour le franchisé, mais également une obligation* »<sup>907</sup>.

Cette mise en œuvre du savoir faire à pour principale finalité de faire améliorer le concept tout entier, afin de lui permettre d'atteindre des niveaux de compétitivité très performants, ce qui va augmenter par conséquent le chiffre d'affaires. Dans ce contexte, commet une faute le franchisé qui mélangeait le nouveau concept à l'ancien<sup>908</sup>, ou celui qui refusait de se présenter aux stages organisés par le franchiseur<sup>909</sup>.

En outre, le franchisé qui est tenu de respecter le savoir faire transmis, peut être amené à imaginer quelques améliorations et perfectionnement dans la gestion des services rendus à ses clients, ou encore améliorer le système de gestion de son entreprise. Dans un tel cas, le franchisé en question doit en avertir le franchiseur qui, après avoir bien expérimenté ces nouveaux procédés, va les transmettre à son tour aux autres franchisés qui font partie du réseau.

Ainsi, à l'obligation essentielle de mettre en œuvre les mises à jour du savoir-faire élaborées par le franchiseur peut alors être ajoutée contractuellement par une clause dite de « perfectionnement », celle de faire bénéficier le franchiseur-et par là le réseau-des améliorations découvertes par le franchisé lui-même, renforçant ainsi l'idée de collaboration qui préside au contrat de franchise<sup>910</sup>.

---

<sup>906</sup> C. Grimaldi, S. Méresse et O.-Z. Renaud, « Droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 208, p. 157.

<sup>907</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, n° 300, p.212.

<sup>908</sup> CA Angers, 19 décembre 2006, *Juris-Data*, n° 330903.

<sup>909</sup> Trib. com. Paris, 23 novembre 2003, *Juris-Data*, n° 235448.

<sup>910</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 305 ; Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 227.



Par ailleurs, cette clause qui impose au franchisé de concéder au franchiseur une licence<sup>911</sup> pour les améliorations du savoir faire peut poser une difficulté, surtout dans l'hypothèse où le contrat entre dans le domaine de la compétence du droit communautaire. Les lignes directrices sur les restrictions verticales considèrent que cette clause ne relève pas en principe de l'interdiction des ententes de l'article 81, §1<sup>er</sup> du Traité CE<sup>912</sup>. Toutefois, si le perfectionnement n'est pas séparable du savoir faire, le franchisé qui l'a découvert est tenu de le garder secret (3).

### 3- *L'obligation de garder secret le savoir faire :*

Le transfert du savoir-faire par le franchiseur au franchisé constitue l'élément le plus essentiel et le plus inhérent à la franchise. Dans ce cadre, le règlement de la Commission européenne précise que : « *le savoir-faire est un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur (franchiseur) et testées par celui-ci* »<sup>913</sup>. Le secret est l'une des caractéristiques de la vie des affaires<sup>914</sup>. Dans les sociétés, le secret « *joue un rôle particulièrement important, stratégique même dans la défense de ses positions commerciales ou industrielles* »<sup>915</sup>. Il « *abrite la réflexion, le projet et donne à la réalisation de ce projet, l'effet de surprise qui en assure l'efficacité* »<sup>916</sup>. Ainsi, en matière de contrat de franchise, la valeur du savoir-faire réside essentiellement dans son caractère secret.

F.-L. Simon estime dans ce sens que : « *si ce savoir faire est connu ou facilement accessible à tous, le concept transmis n'est pas un savoir-faire, et le contrat de franchise peut être annulé pour absence de cause ou éventuellement requalifié. Pour que le savoir-faire*

---

<sup>911</sup> Il faut souligner dans ce sens que le point n° 44 (d) des lignes directrices sur les restrictions verticales exige que cette licence ne soit pas être une licence exclusive, sinon elle serait soumise aux conditions du Règlement n° 2790/1999.

<sup>912</sup> Communication Comm. CE, 13 octobre 2000, n° 2000/C 291/01, point n° 44, d : cette clause est jugé nécessaire pour assurer une protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur.

<sup>913</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 1<sup>er</sup> (1-g) du règlement de la Commission européenne du 20 avril 2010.

<sup>914</sup> Y. Paclot, « Secret et relations d'affaires », Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr.et patr.* 2002,n°102

<sup>915</sup> R. Saint-Alary, « Le secret des affaires en droit français », in *Le secret et le droit*, Travaux de l'association H. Capitant, 1974, p.263

<sup>916</sup> G. Virassamy, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com.*1988, p.179

*transmis continue à apporter aux franchisés un avantage concurrentiel, il doit demeurer hors de la sphère des connaissances facilement accessibles. Ceci est encore nécessaire pour attirer de nouveaux candidats franchisé et développer le réseau. Aussi le franchisé doit-il conserver le secret du savoir-faire qui lui est communiqué, et ne pas le transmettre à des personnes étrangères au réseau : l'obligation de confidentialité mise à sa charge est de l'essence du contrat de franchise »<sup>917</sup>.*

Dans le même sens, les lignes directives prévoient que : « *l'obligation pour le franchisé de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur aussi longtemps que ce savoir-faire n'est pas tombé dans le domaine public est considérée comme nécessaire à la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur »<sup>918</sup>.*

C'est pourquoi, dans la quasi-majorité des contrats de franchise, est inséré une clause de confidentialité visant d'une part à assurer une protection du savoir faire du franchiseur, et d'autre part, imposé au franchisé de s'engager à ne pas divulguer ce savoir faire que le franchiseur lui a transmis à des tiers.

Par ailleurs, cette clause de confidentialité doit porter sur des données que le responsable du réseau de franchise peut être amené à transmettre (dans le cadre de son obligation de la transmission du savoir faire) aux futurs candidats franchisés lors des négociations qui précèdent l'engagement contractuel qui s'achèvera par la conclusion du contrat de franchise. Ainsi, si cette clause de confidentialité est mise en œuvre pendant la période d'exécution du contrat, ses effets seront produits même après la fin du contrat de franchise.

En outre, la clause de confidentialité vise en premier lieu le franchisé qui a bénéficié de la transmission du savoir faire, mais elle peut être appliquée également aux autres employés de l'entreprise qui peuvent parfois accéder au savoir-faire que le franchiseur a transmis à son franchisé. Dans la mesure où ces employés de l'entreprise franchisé n'étant pas partie au contrat, la clause de confidentialité doit dans ce cas prévoir qu'elle s'applique

---

<sup>917</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 306.

<sup>918</sup> Ces dispositions sont prévues par le point 44 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

également à eux, et le franchisé, conformément aux dispositions de l'article 1120 du Code civil, doit se porter fort du respect de cette clause par tous les employés de son entreprise et sa responsabilité contractuelle pourra être engagée par le franchiseur en cas de violation de cette clause de confidentialité. Néanmoins, si c'est l'un de ses employés qui a violé cette clause de confidentialité, le franchisé dispose toujours de la faculté d'agir en justice contre son employé indélicat.

Ainsi, selon un arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2008 : *« la clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire de l'entreprise peut valablement s'appliquer pendant l'exécution du contrat de franchise, mais aussi après la fin du contrat de travail. L'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de la société le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde »*.

En l'espèce, les supérieurs hiérarchiques d'un inspecteur gastronomique travaillant pour le Guide Michelin, avaient été informés de la rédaction par ce salarié d'un manuscrit divulguant les méthodes de travail de l'entreprise. L'employeur lui a alors proposé une indemnisation financière en contrepartie de sa renonciation à publier son manuscrit. Le salarié ayant exigé en vain de l'employeur la remise d'une somme plus importante, il a été licencié pour faute grave. Après la rupture de son contrat de travail, l'ancien inspecteur gastronomique a fait publier son ouvrage. Son ancien employeur décide alors de l'assigner en justice pour violation de la clause de confidentialité. Pour débouter la société Michelin de sa demande de dommages-intérêts, la Cour d'appel a retenu que : l'obligation de confidentialité ne saurait survivre à la cessation du contrat de travail et que seule une faute lourde du salarié, que l'employeur n'avait pas en l'espèce invoquée dans la lettre de licenciement, pouvait engager sa responsabilité.

La Cour de cassation, a le 19 mars 2008, dans un arrêt inédit, estimé au contraire qu' : *« une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise pouvait valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rendait responsable du préjudice qui en résultait pour celle-ci, même en*

*l'absence de faute lourde. Dans ces conditions le salarié qui a, en violation de la clause de confidentialité insérée à son contrat de travail, fait publier, après son licenciement, un ouvrage dans lequel il révélait les procédés d'élaboration du guide édité par son ancienne entreprise, peut être condamné à verser à cette dernière des dommages et intérêts »<sup>919</sup>.*

De surcroît, dans un autre arrêt rendu cette fois-ci par une Cour d'appel, le 19 oct. 2010, dans l'affaire *Valoris Développement Sas contre SMB et SGSL*, statue sur un cas de résiliation consécutif à la violation par le franchisé d'une clause de confidentialité. Le franchiseur, ayant été informé de la prise d'un intérêt indirect dans une société concurrente par un franchisé, fait diligenter un constat d'huissier dans les locaux de cette société et les preuves de l'exercice d'une activité concurrente et de la transmission du savoir-faire du franchiseur à un tiers par le franchisé sont obtenues.

Le franchiseur résilie aussitôt le contrat, sans préavis, en se fondant sur la clause de non-concurrence et de confidentialité, puis assigne tant le franchisé que l'entreprise bénéficiaire des détournements du savoir faire. La Cour d'appel n'a pas pris en compte les arguments du franchiseur fondés sur la clause de non-concurrence, dans la mesure où celle-ci, mal rédigée, ne sanctionnait que la non-affiliation ou la non-promotion d'un réseau concurrent organisé, sans interdire, pendant la durée du contrat de franchise, la prise d'intérêt par le franchisé ou son associé dans une entreprise ayant une activité concurrente. Elle s'aperçoit en revanche que le franchiseur était bien fondé à résilier instantanément le contrat, en se basant sur la violation de la clause de confidentialité.

Elle a également affirmé que la violation de cette clause était de nature à ruiner la confiance du franchiseur vis-à-vis de son franchisé et à rendre impossible la poursuite des rapports contractuels. Elle a aussi approuvé l'absence de préavis de résiliation, faisant application d'une jurisprudence bien établie selon laquelle la violation d'une obligation de ne pas faire justifie la résiliation immédiate, nonobstant les délais stipulés au contrat là encore, le contrat était imparfait et il aurait été plus sûr de prévoir qu'il pouvait être résilié sans délai en cas de violation de la clause de confidentialité .

---

<sup>919</sup> Arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 19 mars 2008, pourvoi n°06-45 322, inédit.

La portée de cet arrêt est très importante dans la mesure où il permet d'assurer une protection du caractère secret du savoir faire, indispensable en matière de franchise. La société ayant bénéficié illégitimement du savoir faire est également condamnée, conformément à la règle de la responsabilité civile délictuelle<sup>920</sup>.

Cependant, une telle clause de confidentialité peut s'avérer dangereuse en pratique. Il serait préférable de le remplacer par une autre clause plus renforcée, dans la mesure où elle prohibe au franchisé de communiquer ou d'exploiter le savoir faire du franchiseur, sous quelle que forme que ce soit, en dehors du cadre réglementaire de son activité. Cette clause renforcée doit être étendue aux salariés de l'entreprise du franchisé ou à toute personne susceptible d'accéder au savoir faire, et c'est le franchisé qui se porte fort. D'ailleurs, cette clause renforcée ne doit pas être limitée dans le temps, dans la mesure où elle continuera de produire ses effets même après la fin du contrat de franchise<sup>921</sup>.

Par ailleurs, Ph. Le Tourneau considère que : « *la confidentialité s'impose au franchisé de plein droit, puisque entre contractants (...), la conservation du secret est une suite logique du contrat* »<sup>922</sup>. Cette confidentialité ressort, selon J.-M. Leloup, de l'exécution de bonne foi du contrat de franchise<sup>923</sup>. Une obligation de non-concurrence durant l'exécution du contrat de franchise est aussi mise à la charge du franchisé (**B**).

### ***B- L'obligation de non-concurrence contractuelle :***

Le contrat de franchise renferme souvent une obligation de non-concurrence applicable pendant la durée d'exécution du contrat et destinée à protéger le savoir-faire<sup>924</sup>. La violation de cette obligation par le franchisé engage sa responsabilité contractuelle. Une telle clause n'est cependant pas systématiquement stipulée.

---

<sup>920</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, rendu le 19 oct. 2010, dans l'affaire Valoris Développement Sas c/ SMB et SGSL, RG n°328, 09/05428.

<sup>921</sup> Il faut souligner ici que dans un tel cas l'obligation ne cessera que lorsque le savoir-faire tombera dans le domaine public et selon l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, rendu le 19 mars 2008, dans son pourvoi n°06-45 322 : « *une telle obligation est valable* ».

<sup>922</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 465.

<sup>923</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, Droit et pratique », *op. cit.*, n° 1224.

<sup>924</sup> Y. Picod « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994, 349, n° 32.

Cependant, une telle clause n'est pas systématiquement stipulée. Or, selon un certain nombre d'auteurs comme Ph. Le Tourneau : « *l'obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat de franchise existe nonobstant l'absence de clause expresse en ce sens, et découle de l'obligation générale de bonne foi* »<sup>925</sup>.

L'obligation de non-concurrence contractuelle existe nonobstant l'absence de clause expresse en ce sens, et découle de l'obligation générale de bonne foi. Sans consacrer expressément cette théorie, l'arrêt rendu le 6 juin 2008, par la Cour d'appel de Paris a néanmoins constaté l'existence d'une obligation de non-concurrence à la charge du franchisé, alors que le contrat de franchise ne contenait pas de clause en ce sens, en déduisant ladite obligation de l'existence d'une exclusivité territoriale.

En l'espèce, le gérant de la société franchisée était devenu associé d'une société qui avait ouvert un établissement concurrent sur le territoire exclusif. La Cour a considéré que : « *si (...) le Tribunal a exactement relevé qu'il n'était pas interdit [à la société franchisée], par l'effet du contrat de franchise, d'ouvrir une nouvelle agence immobilière dans le périmètre du secteur concerné, il n'en reste pas moins que compte tenu de l'exclusivité contractuellement stipulée dans ce même contrat relativement à l'implantation de [l'enseigne] sur ce territoire, la société [franchisée] n'était pas en droit de déployer une activité secondaire concurrente de la première, au détriment de l'agence [franchisée]* »<sup>926</sup>.

Mais, les termes de cet arrêt sont contestables, dans la mesure où seul le gérant de l'entreprise franchisée a une participation dans la nouvelle entreprise exploitant dans la zone géographique d'exclusivité et non pas l'entreprise franchisée elle-même. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a estimé que la violation de cette obligation, de même que l'utilisation faite par le franchisé de la publicité du réseau pour l'agence concurrente, justifie la résiliation du contrat effectuée par le franchiseur de manière unilatérale.

Il s'avère donc, d'une part, que la clause de non-concurrence mise à la charge du franchisé est déduite par la jurisprudence de l'existence, au profit du franchisé, d'une

---

<sup>925</sup> Ph. le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, p.169.

<sup>926</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 6 juin 2008, RG n° 07/03323.

exclusivité territoriale, et, d'autre part, que la transgression de cette obligation justifie la résiliation du contrat de franchise, alors même qu'elle n'aurait pas été commise directement par l'entreprise franchisée, mais indirectement, par son représentant.

Toutefois, dans le cas où le franchisé est une personne morale, il convient de mettre cette obligation de non-concurrence à la charge des dirigeants de l'entreprise franchisé, voire même à l'ensemble de ses collaborateurs et/ou associés, à défaut d'une telle disposition, ces personnes pourraient détourner à leurs profit le savoir faire transmis par le franchiseur.

Mais, la Cour de cassation avait considéré dans son arrêt du 15 décembre 1992, que : *« les associés et dirigeants d'une société concessionnaire exclusive liée par une clause de non-concurrence au concédant pouvaient fonder une nouvelle société exerçant une activité concurrente de celle de la première, les deux sociétés constituant deux personnes morales distinctes l'une de l'autre, dont chacune était en outre distincte des personnes physiques de ses associés et dirigeants, qui n'étaient pas débiteurs, à titre personnel, de l'obligation de non-concurrence, dont seule était débitrice la société »*<sup>927</sup>. Néanmoins, Y. Auguet considère à propos de cette décision qu' : *« [...] au regard de l'interdépendance née de l'intérêt commun, et même de la simple bonne foi de l'article 1134 du Code civil, cette concurrence était répréhensible, fût-elle effectuée sous l'écran d'une personne morale distincte »*<sup>928</sup>.

Pourtant, quelques années plus tard, la Cour de cassation a été amené à changer son avis par rapport à la question de savoir si l'obligation de non-concurrence mise à la charge d'une personne morale doit ou non s'étendre à ses associés ou à ses dirigeants. La réponse qui a été donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 décembre 2000 est positive. Aux termes de cet arrêt : *« mais attendu que (...), l'arrêt énonce (...) qu'il est certain que les parties au contrat, en faisant insérer une clause aux termes de laquelle « le vendeur s'interdit directement ou indirectement de concurrencer l'acquéreur » n'avaient pas l'intention de limiter la portée de cette disposition qui sinon aurait été privée de toute efficacité, aux seules*

---

<sup>927</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 15 décembre 1992, dans son pourvoi n°90-15.552, *RTD com.*, 1993, p.565, obs. B. Bouloc.

<sup>928</sup> Y. Auguet, « Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle », préf. Y. Serra, *LGDJ*, 2000, n° 311 et s., rattachant l'obligation de non-concurrence à la bonne foi dans l'exécution du contrat.

*personnes morales, d'autant qu'elles ont été déterminées par le souci de protéger l'acquéreur des initiatives et du savoir faire et de l'entregent notoires de M. Fernandez, véritable âme de la société Ubu club; qu'en l'état de ces énonciations, la Cour d'appel qui a apprécié souverainement la commune intention des parties, a pu décider que M. Fernandez était tenu personnellement par la clause litigieuse »*<sup>929</sup>. Cette affaire concerne donc la cession d'un fonds de commerce, à propos duquel les parties avaient nécessairement souhaité étendre l'obligation de non-concurrence<sup>930</sup> au dirigeant de la société qui exploitait le fonds, eu égard à la personnalité du dirigeant.

Ainsi, beaucoup de contrats de franchise comportent une clause qui prohibe le franchisé d'exercer une activité identique<sup>931</sup>, de nature à rentrer en concurrence avec le franchiseur<sup>932</sup>. Cette clause peut parfois prendre effet soit pendant l'exécution du contrat de franchise, ou soit après son exécution<sup>933</sup>.

La clause de non-concurrence contractuelle est souvent rédigée ainsi : « *pendant toute la durée du présent contrat, le franchisé s'interdit de commercialiser, directement ou indirectement par toute personne physique ou morale interposée y compris par les détenteurs de son capital social, tout produit concurrent de ceux commercialisés par le franchiseur, que ceux-ci fassent ou non partie des produits faisant l'objet du présent contrat, de proposer tout service concurrent des services du franchiseur ; de prospector en dehors du territoire contractuel »*<sup>934</sup>.

Ainsi, cette clause de non concurrence s'impose au franchisé qui doit le respectée. Toute violation de sa part de cette clause constitue une atteinte grave au principe de la loyauté. « *Elle permet un détournement du savoir-faire transmis au franchisé et un*

---

<sup>929</sup> Arrêt rendu par la Cour de cassation, le 5 décembre 2000, dans son pourvoi n°98-20.706.

<sup>930</sup> Il faut souligner que la validité des clauses de non-concurrence applicables pendant l'exécution du contrat de franchise n'est pas limitée dans l'espace.

<sup>931</sup> P. Avakian, « Pratique contractuelle de la franchise : analyse du contenu d'un ensemble de contrats », in *Le contrat-cadre : 2, La distribution, Litec*, 1995, sous la dir. A. Sayag, p. 201, et spécialement n° 414.

<sup>932</sup> Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence : De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise », *D.* 1987, p.113.

<sup>933</sup> Voir dans ce sens J.-J. Burst, « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », *Cah. dr. Entr.*, 1983/1, p.22.

<sup>934</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, Droit et pratique », *op. cit.*, n° 1220.



*détournement de clientèle* »<sup>935</sup>. La jurisprudence n'hésite pas, en présence d'un tel manquement à l'obligation de non-concurrence contractuelle qui pèse sur le franchisé, de prononcer la résiliation du contrat de franchise à ses torts. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par une Cour d'appel le 6 mai 2003, dans lequel la Cour a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé, au motif qu'il avait manqué à son obligation de non-concurrence<sup>936</sup>. Par ailleurs, d'autres obligations tenant à la marque et à l'enseigne sont également mises à la charge du franchisé (**Sous-Paragraphe 2**).

### **Sous-Paragraphe 2 : Les obligations liées à la marque et à l'enseigne :**

Le franchiseur est tenu de mettre les signes distinctifs du réseau à la disposition de ses franchisés, ces derniers ont, à leurs tours, n'ont pas la possibilité, mais l'obligation de les utiliser de manière systématique et fidèle dans toutes leurs rapports avec la clientèle du réseau. Cette attitude est essentielle, car l'usage par tous les franchisés à travers le monde des mêmes signes distinctifs, participe largement à inscrire chaque point de vente dans un réseau homogène, dont la clientèle est très attaché.

Cependant, l'abandon des signes de ralliement de la clientèle par le franchisé et la moindre défaillance dans leurs utilisations est de nature à diminuer considérablement son chiffre d'affaires. C'est ce qui indique Ph. Le Tourneau : « *il a été démontré qu'une enseigne lumineuse en panne provoque une diminution de 40 % de la clientèle de passage* »<sup>937</sup>. D'ailleurs, la responsabilité contractuelle du franchisé peut être engagée dans le cas où celui-ci décide d'abandonner la marque et l'enseigne du franchiseur.

Ainsi, il a été jugé que : « *la première manifestation de la volonté de quitter le réseau est constituée par la publication au greffe de la substitution d'une enseigne personnelle à celle du réseau* »<sup>938</sup>. Cette substitution peut caractériser la résiliation unilatérale

---

<sup>935</sup> *Ibid.*

<sup>936</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, le 6 mars 2003, *Juris-Data*, n° 2003-221106.

<sup>937</sup> Ph. le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n°588.

<sup>938</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 29 février 1996, *Juris-Data*, n° 020858.

du contrat par le franchisé, souvent en violation des stipulations ou de l'obligation générale de bonne foi contractuelle et entraîner tous les risques inhérents à ce type de résiliation<sup>939</sup>.

Par ailleurs, le franchisé doit se conduire d'une façon qui ne puisse pas nuire à l'image du réseau de franchise et, au-delà, promouvoir la vente du produit ou de la prestation de service, objet de la franchise<sup>940</sup>. C'est la notion de réseau qui donne une dimension collective aux relations bilatérales qui existe entre les deux parties au contrat de franchise, dans le but de former un ensemble cohérent<sup>941</sup>. Cet ensemble se construit par la pluralité des volontés personnelles propres à chaque individu, unissant un fournisseur à une multitude de distributeurs<sup>942</sup>. La finalité consiste donc à créer et à développer une image de marque répondant à des conditions de qualité bien précise que le client retrouvera dans chaque point de vente<sup>943</sup>.

En outre, le franchisé est également tenu de se conformer aux modalités d'aménagement du magasin et aux techniques de présentation des produits, puisque « *par son agencement et sa présentation, le magasin du franchisé n'est pas un local neutre où le commerçant entrepose passivement quelques produits qu'il propose aux consommateurs. C'est un centre essentiel de décision* »<sup>944</sup>. Le franchisé doit aussi respecter les modes opératoires de l'exploitation du savoir-faire décrits par le responsable du réseau de franchise. Il doit appliquer rigoureusement les directives de la mise en application du savoir-faire.

Ces différentes normes et directives du franchiseur s'imposent au franchisé, puisque « *la franchise n'est pas un système où l'on peut prendre ce qui paraît bien et laisser ce qui ne paraît pas bien, car il n'appartient pas au franchisé d'en juger* »<sup>945</sup>. Le non-respect par le franchisé de ces normes peut ne pas aboutir à la réussite du concept du franchiseur. En fait, en

---

<sup>939</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 311.

<sup>940</sup> M. Martinek, "Moderne Vertragstypen. Bd 2 : Franchising, Know-How- - Verträge, Management und Consultingverträge, coll. Schriftenreihe der Juristischen Schulung, München, C.H. Beck, 1992, p. 68.

<sup>941</sup> P. Pigassou, « La distribution intégrée », *RTD com.*, 1980, p.473, et spéc., p. 483.

<sup>942</sup> L. Amiel-Cosme, « Les réseaux de distribution », *LGDJ*, 1995, préface Y. Guyon.

<sup>943</sup> M.-C. Boutard-Labarde, « Franchise et contraintes du droit communautaire », *Cah. dr. ent.* 1987, 2, p. 11 et spéc., n° 9, p. 12.

<sup>944</sup> K. Torbey, « Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés », *LGDJ*, 2002, préface Ph. Merle, n°47, p.32

<sup>945</sup> J.-M. Leloup, « Les rapports juridiques dans le contrat de franchise, in Aspects juridiques de la franchise », Journée d'étude de faculté de Lyon organisée le 21 mai 1986, *Litec*, p.13, et spéc., p.32.

présence d'une application qui ne répond pas parfaitement aux normes d'exploitation instaurés par le franchiseur, il n'y a plus de réitération de réussite de ce dernier, mais l'innovation et l'économie même de la franchise se trouvent atteintes<sup>946</sup>, puisque selon l'expression de Ph. Le Tourneau : « *que l'un soit défaillant, tous en pâtiront* »<sup>947</sup>. Dans ce cadre, les juges n'hésitent pas à prononcer la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé, si celui-ci manque à son obligation de respecter les normes du franchiseur, voire même le condamner à des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il fait subir au responsable du réseau et à tous ses membres<sup>948</sup>. De cette obligation peuvent découler divers engagements tels celui de défendre la marque et l'enseigne (A), ou encore de participer aux frais de publicité, en se conformant à la ligne, au style et aux standards de publicité du franchiseur (B).

#### ***A- L'obligation pour le franchisé de défendre la marque :***

De la même façon, on peut se demander si l'obligation imposée au franchisé d'utiliser exclusivement la marque du franchiseur<sup>949</sup> n'implique pas pour ce dernier l'obligation de veiller au maintien de l'intégrité de cette marque et d'en assurer une surveillance concrète et permanente des contrefaçons qui peuvent lui porter atteinte<sup>950</sup>.

L'obligation de défendre la marque et l'enseigne comporte celle de prévenir le franchiseur de tout conflit institué par quiconque et portant sur la marque du franchiseur, puisqu'il est imposé d'une part, par l'intérêt commun des parties au contrat et d'autre part, par l'obligation générale de bonne foi contractuelle<sup>951</sup>. Le franchiseur se réserve généralement le droit d'intenter des poursuites judiciaires ou de produire une défense en son nom ou au nom

---

<sup>946</sup> D. Ferrier, « La franchise internationale », *op. cit.*, n°10.

<sup>947</sup> Ph. Le Tourneau, « Le franchisage », *op. cit.*, p.50.

<sup>948</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 décembre 1986, D. 1988, *somm.*, 22, obs. D. Ferrier.

<sup>949</sup> Lafargue, Goldmish et Delvolvé, « Le droit d'agir en contrefaçon pour le titulaire d'une licence de marque », *Gaz. Pal.*, 1971.I. *Somm.* 207.

<sup>950</sup> A.-S. Konigsberg et A.-M. Gauthier, *op. cit.*, note n°6, p.656.

<sup>951</sup> Th. Hassler considère qu' : « il s'agit de l'un des points de la rencontre heureuse de deux égoïsmes » qui se manifeste dans le contrat de franchise », (« L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984 p. 581 et s.).

du franchisé concerné, qui, dans un tel cas, s'engagera à produire les documents ou à poser toutes les actions que les avocats du franchiseur jugeront adéquats<sup>952</sup>.

Par ailleurs, le franchisé conserve toujours la faculté d'agir en justice à l'encontre du tiers qui a porté atteinte aux signes distinctifs. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé dans son arrêt rendu le 22 mars 2005 que : « *le licencié d'une marque, qui ne dispose pas personnellement d'un droit privatif sur le titre de propriété industrielle, est recevable à agir en concurrence déloyale et parasitaire, peu important que les éléments sur lesquels il fonde la demande soient les mêmes que ceux que le titulaire de la marque aurait pu opposer* »<sup>953</sup>.

En plus, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a modifié l'article L. 714-7 du CPI, prévoit désormais que : « *le licencié non inscrit sur le registre national des marques peut intervenir à l'action en contrefaçon engagée par le titulaire du droit pour obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre* »<sup>954</sup>. Mais, mise à part cette obligation de défense de la marque et de l'enseigne du franchiseur, le franchisé est également tenu de mettre sa contribution dans le paiement des frais de publicité (**B**).

---

<sup>952</sup> Les clauses qui imposent une telle obligation au franchisé, ainsi que celles prévoyant l'obligation pour le franchisé « d'assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur », sont couvertes par le règlement de 1999, selon les lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOCE* Communication de la Commission n° C. 291 du 13 oct. 2000, p. 1-44, § 44. Ces memes lignes directrices indiquent également que : « la clause qui fait obligation au franchisé d'agir à l'encontre du contrefacteur est couverte par le règlement d'exemption ».

<sup>953</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 22 mars 2005, pourvoi n° 02-21. 105, *Juris-Data*, n° 027784.

<sup>954</sup> Dans le même sens, l'article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que : « *l'action civile en contrefaçon est engagée par le propriétaire de la marque. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire du contrat si, après mise en demeure, le titulaire n'exerce pas ce droit. Toute partie à un contrat de licence est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre. L'action en contrefaçon se prescrit par trois ans. Est irrecevable toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été toléré pendant cinq ans, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. Toutefois, l'irrecevabilité est limitée aux seuls produits et services pour lesquels l'usage a été toléré* ».

## **B- L'obligation de publicité du franchisé :**

La publicité est un moteur essentiel qui permet le succès de la franchise et, plus généralement, de la stratégie d'implantation d'un réseau sur un marché local. L'opportunité de bénéficier d'une publicité locale ou nationale est certainement l'un des attraits que présente la franchise pour les futurs candidats franchisés.

Ainsi, l'une des obligations essentielles du responsable du réseau de franchise est de sensibiliser le public ou les clients sur l'homogénéité de son réseau et des avantages qu'ils peuvent en avoir s'ils se rallient à ce réseau<sup>955</sup>. Dans ce cadre, le franchiseur est responsable des campagnes publicitaires de grande envergure, dont tous les franchisés profiteront. Une redevance spécifique consacrée à une telle publicité est d'ailleurs mise à la charge des franchisés et prélevée sur leurs comptes<sup>956</sup>.

Par ailleurs, le franchiseur peut, si la nature de l'activité exercée le justifie, imposer à ses franchisés de consacrer une partie de leurs profits au lancement régulier de publicités locales au profit de leurs points de vente. Ch. Zimmer donne dans ce sens des exemples d'actions en matière de publicité locale que le franchisé est tenu de réaliser : communiqués de presse, présentation d'opérations spéciales et de promotions, affichage local, distribution de prospectus...etc.<sup>957</sup>.

D'ailleurs, cette publicité locale doit être en harmonie avec celle organisée au niveau national par le franchiseur. Généralement, le franchisé est tenu de soumettre ses projets (affiches, panneaux publicitaires...etc.) à l'acceptation du franchiseur, et pour éviter des délais très longs pour avoir la réponse du franchiseur, une clause est insérée dans le contrat prévoyant que le silence au-delà d'un certain temps après réception de la requête d'homologation vaut généralement acceptation.

---

<sup>955</sup> Voir dans ce sens le 3<sup>ème</sup> §, du 1<sup>er</sup> Section, du troisième Chapitre de notre étude.

<sup>956</sup> A.-S. Konigsberg et A.-M. Gauthier, *op. cit.*, note n° 8, p.82.

<sup>957</sup> Ch. Zimmer, «Devenir franchisé ou lancer une franchise », *éd. Vuibert, coll. Guid'Utile, 2<sup>ème</sup> éd.*, 2008.

Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré dans son arrêt rendu le 17 décembre 1986 que : « *la clause subordonnant à l'assentiment préalable du franchiseur toute publicité locale entreprise pour son propre compte par le franchisé, dès lors qu'elle ne porte que sur la nature de la publicité, à l'exclusion des prix de vente, tend à assurer un contrôle qualitatif par le franchiseur sur les publicités individuelles, afin d'éviter les écarts possibles par rapport au thème de la beauté naturelle par les plantes constitutif de l'image de marque du réseau (Yves Rocher)* »<sup>958</sup>.

C'est le franchisé qui veillera au bon déroulement de l'opération publicitaire, puisque son établissement est le bénéficiaire direct de l'impact de cette campagne. Cependant, c'est le franchiseur qui définit lui-même les normes en matière de publicité comme en matière de savoir-faire, afin que la propagande faite par le franchisé soit en harmonie avec celle à laquelle il procède lui-même, et avec celle effectuée par les autres franchisés. Mais, H. Bensoussan considère dans ce sens qu' : « *il est inopportun de laisser au franchisé la possibilité de réaliser librement toute publicité, celui-ci risquant d'avoir une tendance instinctive à vouloir s'adapter aux particularités locales* »<sup>959</sup>. C'est le franchiseur qui doit contrôler le respect de ces normes par le franchisé, sans pour autant transgresser les dispositions communautaires relatives au droit de la concurrence<sup>960</sup>.

### **Paragraphe III : Les autres obligations mises à la charge du franchisé :**

Ces obligations sont relatives aux clauses d'approvisionnement exclusif (**Sous-Paragraphe 1**), à l'achat et à la vente des produits et aux garanties de paiement (**Sous-Paragraphe 2**).

---

<sup>958</sup> Comm. CE, Yves Rocher, 17 déc. 1986, *JOCE* n° L. 8, 10 janvier 1987, § 44.

<sup>959</sup> H. Bensoussan, « Le droit de la franchise », éd. Apogée, 2<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 80.

<sup>960</sup> Dans l'arrêt Pronuptia, la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé que : « *les clauses qui organisent le contrôle indispensable [à préserver l'identité et la réputation du réseau] ne constituent pas ( .. ) des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, § 1<sup>er</sup> », elle a également précisé à ce titre que : «comme la publicité contribue à déterminer l'image qu'a le public du signe symbolisant le réseau, la clause qui subordonne toute publicité du franchisé à l'assentiment du franchiseur est également indispensable à la préservation de l'identité du réseau, pourvu qu'elle ne concerne que la nature de la publicité», (CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, *Rec. CJCE*, 1986, p. 353, § 17 et 22).*

### ***Sous-Paragraphe 1 : L'exclusivité d'approvisionnement ou d'achat exclusif :***

Les clauses d'exclusivité d'approvisionnement ou d'achat exclusif sont très fréquentes dans les contrats de franchisage. Ces clauses imposent au franchisé de n'acheter que les produits vendus par son franchiseur ou ceux vendus par des fournisseurs référencés désignés par ce dernier. Pour être valable, ces clauses d'approvisionnement exclusif doivent durer au maximum 10 ans, renouvelables et les juges exigent pour admettre la validité de ce genre de clause qu'elle soit indispensable à la sauvegarde de l'identité et de la notoriété du réseau de franchise.

Ainsi, pour être admise, la clause doit être nécessaire à la protection et au maintien de l'identité commune du réseau et il doit être impossible d'appliquer des spécifications objectives de qualité, compte tenu des produits concernés. Autrement dit, la clause d'achat exclusif « *doit porter sur un élément nécessaire à la réitération du système du franchisé et la franchise doit procurer un avantage concurrentiel* »<sup>961</sup>. Ce qui n'est pas le cas lorsque le responsable du réseau de franchise formule des spécifications objectives qui permettent à son franchisé de se fournir auprès d'autres commerçants-fournisseurs, tout en assurant l'homogénéité du réseau. Le franchiseur peut alors à travers ces clauses d'approvisionnement exclusif augmenter la compétitivité de son réseau face aux marques concurrentes.

Dans certains cas, le franchisé n'est tenu de s'approvisionner auprès des fournisseurs référencés qu'à hauteur d'une quantité définie au préalable par le contrat de franchise, même s'il s'agit dans certains cas de clause d'approvisionnement quasi-exclusif qui permet au franchisé d'avoir une quantité très élevée par rapport à celle prévue par le contrat de franchise. Ce même contrat peut également prévoir des clauses de minima ou des clauses de quota calculées par rapport au montant des gains réalisés par le franchisé lors de l'exercice comptable précédent<sup>962</sup>.

---

<sup>961</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, Droit et pratique », *op. cit.*, n°374.

<sup>962</sup> Pour une distinction entre ces deux clauses, voir Ph. Becque, « les clauses de « quota » dans les contrats de concession exclusive », *Cah. dr. entr.*, 1985 n° 4, p. 21.

Le contrat de franchise peut également contenir une clause qui permet au franchisé de proposer de nouveaux fournisseurs que le franchiseur pourra les inscrire au nombre des fournisseurs référencés, à condition néanmoins qu'ils remplissent les conditions relatives à la qualité de produits fournis et aux prix demandés. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 11 décembre 2007, « *il a été fait obligation aux franchisés de signaler au franchiseur tout fournisseur pratiquant des prix plus avantageux que les fournisseurs référencés* »<sup>963</sup>.

Par ailleurs, en présence d'une telle clause, le franchiseur doit respecter les termes de la loi Doubin de 1992. La quantité et la qualité des produits visés par l'accord d'achat exclusif ne doivent pas être déterminées uniquement par le franchiseur. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé dans son arrêt rendu le 21 janvier 1997 que : « *le prix des produits vendus dans le cadre de la clause d'achat exclusif ne doit pas être déterminé de manière abusive par le franchiseur* »<sup>964</sup>.

Le droit de la concurrence pose le principe selon lequel l'obligation d'achat exclusif ne doit pas être restrictive de la concurrence<sup>965</sup>. La clause d'approvisionnement exclusif doit revêtir un caractère indispensable dans la franchise, c'est à dire qu'elle doit être nécessaire pour assurer la qualité uniforme des produits distribués<sup>966</sup>. Une telle clause n'est pas nécessairement restrictive de concurrence : le critère qui est généralement retenu est de savoir si la clause d'achat exclusif est un élément de transmission du savoir faire du franchiseur aux

---

<sup>963</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 11 déc. 2007, *RG* n°06/0239.

<sup>964</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 21 janvier 1997.

<sup>965</sup> C'est le cas par exemple dans l'article L. 420-1, 10 et 40, du Code de commerce français, ou de l'article 1<sup>er</sup> du *GWB* allemand, ou encore de l'article 2, alinéa 2 (c) de la loi Italienne n° 287 du 10 octobre 1990, qui contiennent tous des dispositions similaires qui permettent de sanctionner les effets anticoncurrentiels des clauses d'approvisionnement exclusif. Quant au droit espagnol, il considère dans son article 2, al. 5 (b) du *Real Decreto* n°261/2008 que : les clauses d'approvisionnement exclusif tombent sous l'interdiction de l'article 1<sup>er</sup> de la *LDC*, mais peuvent bénéficier d'une exemption. Une partie de la doctrine propose toutefois une présomption de licéité des clauses qui servent à créer un système de distribution. L'incorporation des obligations d'approvisionnement exclusif au contenu de l'accord de distribution ne devrait, selon eux, pas tomber sous l'interdiction de l'article 1<sup>er</sup> de la *Ley de defensa de la competencia (LDC)* (Loi de défense de la concurrence).

<sup>966</sup> C'est le cas des législations des Etats américains d'Hawaï, de l'Indiana, de l'Iowa, de Washington et du District of Columbia, qui consacrent le critère des restrictions «raisonnablement nécessaires à l'atteinte d'un objectif licite et justifiées par des raisons commerciales ». Ainsi, ne satisfait pas à ce critère le franchiseur, fournisseur d'un programme de perte de poids, qui impose à ses franchisés de s'approvisionner auprès de lui non seulement en compléments nutritionnels, mais également pour les décors et installations de vente (*Stevens v. Physicians Weight Loss Centers of America, Inc.*, *Bus. Franchise Guide (CCH)* 10, 739, (ND Ohio 1995).



franchisés et contribue au développement des signes distinctifs du réseau de franchise, c'est-à-dire la marque et l'enseigne.

Ces clauses peuvent néanmoins être illégales, comme contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986, surtout dans l'hypothèse où elles portent sur des produits qui ne contribuent pas à l'image et à l'unité du réseau de franchise. Ainsi, est restrictive de la concurrence, au-delà de ce qui est nécessaire au maintien de l'unité et de la notoriété du réseau, la clause d'achat exclusif qui oblige les franchisés à acheter tout le matériel nécessaire à leur exploitation auprès du responsable du réseau de franchise.

Dans le même sens, l'article L. 330-1 du Code de commerce fixe la durée maximale de la clause d'achat exclusif à 10 ans. Le dépassement de cette limite ne remet pas en cause la validité de la clause, mais seulement sa durée<sup>967</sup>. En revanche, le droit du commerce permet aux juges d'invalider une clause d'une durée inférieure à 10 ans<sup>968</sup>. Ces juges se réfèrent, selon la décision n° 04-D-67 rendue par le Conseil de la concurrence, le 1<sup>er</sup> décembre 2004, à la limite des 5 ans fixée par le règlement européen.

Par ailleurs, E. Gastinel considère que le Conseil de la concurrence, tout en s'inspirant du droit européen, a posé les principes concernant la protection du réseau de franchise<sup>969</sup>. Ainsi, dans sa décision n°94-D-31, du 24 mai 1994, le Conseil de la concurrence juge que : « *les produits utilisés dans les salons de coiffure sont un facteur de transmission du savoir-faire et participent au développement de la notoriété de la marque et de l'enseigne* », tout en soulignant « *l'impossibilité de spécifier des critères objectifs de qualité pour les produits utilisés. Ainsi, l'obligation d'approvisionnement exclusif est jugée nécessaire au maintien de l'identité du réseau* »<sup>970</sup>.

---

<sup>967</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 février 1998, *Contrats Conc. Consom.*, 1998, n° 55, obs. Leveneur.

<sup>968</sup> Cette prérogative est accordée par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

<sup>969</sup> E. Gastinel, « Le Conseil de la concurrence sauve la franchise commerciale », *Gaz. Pal.*, 8 septembre 1994, p. 1016.

<sup>970</sup> Décision n° 94-D-31, rendu par le Conseil de la concurrence, le 24 mai 1994, dans l'affaire *Jacques Dessange*.

De même, dans une autre affaire datant du 24 mai 1994<sup>971</sup>, le Conseil de la concurrence a admis le fait que : « *les produits utilisés sont déterminants dans l'élaboration des coiffures. Selon lui, il n'existe pas deux produits identiques, chaque composition chimique étant unique, et il est impossible en pratique de spécifier des critères objectifs. La mise en œuvre du savoir-faire implique l'utilisation des produits agréés par le franchiseur, donc la clause d'approvisionnement exclusif est licite* »<sup>972</sup>.

Deux années plus tard, le Conseil de la concurrence, s'est prononcé sur la conformité de la clause au regard de l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du Code de commerce, pour décider qu' : « *Un franchiseur n'est en droit d'imposer aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès de sa société ou auprès des fournisseurs qu'il aura référencés qu'autant qu'il est prouvé qu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications de qualité objective* »<sup>973</sup>.

En l'espèce, le franchiseur avait imposé aux franchisés de se fournir auprès de ses fournisseurs pour des matériaux informatiques et des cadeaux publicitaires. Cette clause, considérée comme trop limitative de la liberté de la concurrence, a été jugée contraire à l'article 7 de l'ordonnance.

Dans cette affaire, le Conseil a considéré que : « *l'obligation pour les franchisés qui souhaitent ou sont tenus de procéder à l'achat de tels produits, de s'adresser aux seules entreprises désignées par le franchiseur a pu avoir pour effet de limiter la liberté commerciale des franchisés au-delà de ce qui était nécessaire au maintien de l'identité commune du réseau et de restreindre la concurrence que pouvaient se faire les franchisés*

---

<sup>971</sup> La portée de cette décision sera confirmée quelques années plus tard par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 6 avril 1999, *Juris-Data*, n° 1999-001597 : « *il a pu être admis qu'en raison de la gamme étendue des marchandises proposées ainsi que de l'évolution constante des techniques de fabrication de celles-ci, la formulation des spécifications objectives de qualité que les franchisés pourraient eux-mêmes appliquer s'est révélée impraticable de même que la mise en place d'un contrôle effectif organisé auprès de chacun des points de vente du réseau. En conséquence, la clause d'approvisionnement exclusif a été regardée, eu égard au domaine d'activité considéré et à la nature des produits distribués, comme indispensable à la préservation de l'identité du réseau de franchise ainsi qu'à l'homogénéité de l'image de marque de celui-ci* ».

<sup>972</sup> Décision n° 94-D-32, rendu par le Conseil de la concurrence, le 24 mai 1994, dans l'affaire *Jean-Louis David Diffusion*.

<sup>973</sup> Décision n° 96-D-38, rendu par le Conseil de la concurrence, le 28 mai 1996.

*situés sur la même zone de chalandise, en limitant leurs sources d'approvisionnement et les conditions de celui-ci. Par ailleurs, cette obligation a pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur les marchés de ces produits »<sup>974</sup>.*

En outre, dans sa décision du 18 mars 1997, le Conseil de la concurrence a ordonné au franchiseur de supprimer de ses contrats une clause non indispensable au fonctionnement de la franchise<sup>975</sup>, qui obligeait les franchisés à traiter avec une filiale du franchiseur pour l'aménagement de leur magasin »<sup>976</sup>. De surcroît, dans sa décision datant du 6 juillet 1999, le Conseil de la concurrence a confirmé que : « *les éléments d'aménagement des magasins qui ne sont pas indispensables au maintien de l'identité du réseau, ne peuvent faire l'objet d'une clause d'approvisionnement exclusif* »<sup>977</sup>.

Cependant, les juridictions étatiques semblent poursuivre l'application des critères traditionnels issus du règlement de 1988. Aussi, les franchisés continuent d'invoquer, notamment, l'absence de caractère indispensable de la clause d'achat exclusif pour la mise en œuvre du savoir faire transmis par le franchiseur<sup>978</sup>. De manière générale, c'est le franchiseur qui doit rapporter la preuve de la violation de l'obligation d'approvisionnement. Néanmoins, cette preuve ne peut résulter de seuls courriers adressés par ce dernier au franchisé, ni du silence conservé par ce dernier<sup>979</sup>.

Par ailleurs, une autre question s'est posée avec beaucoup d'acuité en jurisprudence, il s'agit du champ d'application de l'exception d'inexécution qui permet à chaque partie contractante de refuser d'exécuter ses engagements tant que l'autre partie n'a pas procédé à

---

<sup>974</sup> Ibid.

<sup>975</sup> Dans sa décision n° 96-D-16, le Conseil de la concurrence avait jugé que : « *ni la décoration de l'établissement, ni la fourniture d'appareils de gymnastique n'ont été considérées comme suffisamment nécessaires pour être l'objet d'une clause d'approvisionnement exclusif* ».

<sup>976</sup> Décision n° 97-D-36, rendu par le Conseil de la concurrence, le 18 mars 1997, dans l'affaire *Zannier*.

<sup>977</sup> Décision n° 99-D-49, rendu par le Conseil de la concurrence, le 6 juillet 1999, dans l'affaire *Yves Rocher*.

<sup>978</sup> Voir dans ce sens, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, *RG*, n° 06/11392 : « le franchisé contestait la validité de la clause d'approvisionnement exclusif en soutenant que le savoir faire du franchiseur n'était pas suffisamment abouti. En toute logique, cet argument n'a pas prospéré, la Cour d'appel ayant constaté l'existence du savoir-faire ».

<sup>979</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 24 septembre 2008, *RG*, n° 06/03859

l'exécution des siens<sup>980</sup>. Mais, une confusion s'est néanmoins opérée en la matière, puisque le franchisé qui, estimant qu'il n'a pas eu l'assistance nécessaire qu'il doit avoir de la part de son franchiseur, refuse par conséquent de payer les produits et marchandises livrés par celui-ci.

Cependant, la jurisprudence a tranché la question en considérant que la carence du responsable du réseau de franchise en la matière ne peut fonder une exception d'inexécution que pour le manquement à l'obligation du franchisé de payer ses redevances et non les marchandises qui lui sont livrées. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 15 octobre 2003, aux termes duquel : « *considérant que (...) Madame X ... prétend échapper à son obligation de payer le prix des marchandises (...) en opposant à son créancier l'exception d'inexécution des propres obligations; Mais considérant que l'exception d'inexécution invoquée, a trait aux obligations réciproques du contrat de franchise lui-même, mais ne porte directement ni sur les marchandises livrées, au sujet desquelles l'appelante est silencieuse quant à leur commercialisation et n'offre au demeurant pas de les restituer, ni sur l'exécution du prêt (...) Qu'en conséquence, l'exception invoquée n'étant pas directement en rapport avec les obligations de paiement des marchandises livrées ni de remboursement du prêt, n'est pas pertinente pour s'opposer à la demande en paiement du mandataire liquidateur ès qualités* »<sup>981</sup>.

Mais, la méconnaissance par le franchisé de ces clauses justifie la résiliation du contrat<sup>982</sup>. En effet, dans la plupart des cas, les clauses d'achat exclusif emportent une obligation à la charge du franchisé de s'approvisionner auprès du ou des fournisseurs référencés. Néanmoins, cette généralité connaît quelques exceptions, où l'obligation imposée par la clause d'achat exclusif est moins ferme<sup>983</sup>.

---

<sup>980</sup> Il faut souligner que selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 7 janvier 2009, RG n° 06/13301 : « *le franchisé est tenu de régler le prix des marchandises livrées par le franchiseur dans le cadre des contrats de vente conclus avec le franchiseur en exécution des stipulations du contrat de franchise* ». Selon un autre arrêt de cette même Cour, rendu le 5 novembre 2008, RG n° 07/17215 : « *le franchisé est tenu de régler le prix des marchandises livrées par le franchiseur quand bien même celui-ci ne l'aurait-il pas relancé pour obtenir ce paiement* ».

<sup>981</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 15 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 225457.

<sup>982</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, RG, n° 06/11392.

<sup>983</sup> Voir dans ce sens la décision du Tribunal de commerce de Rouen, du 29 septembre 2008, RG, n° 2006/003843.

Cette clause doit donc être respectée par le franchisé, parce que selon P. Pigassou : « *l'aspect général de la présentation, et en quelque sorte l'image du point de vente, doivent coïncider avec l'image du produit sous peine de désorienter le consommateur et détourner le produit* »<sup>984</sup> et le non-respect de cette obligation constitue un manquement grave qui peut entraîner « *une modification de l'offre du magasin franchisé qui cesse ainsi de répondre aux normes de l'enseigne* »<sup>985</sup>, ce qui peut ainsi provoquer la résiliation judiciaire à ses torts. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu le 20 octobre 2003, par une Cour d'appel qui a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchisé qui avait manqué à son obligation d'approvisionnement exclusif, en vendant d'autres produits que ceux agréés par le franchiseur »<sup>986</sup>.

En ce qui concerne le droit européen, le Règlement communautaire n° 2790/99 du 22 décembre 1999, dans son article 1<sup>er</sup> (b), ne sanctionne pas les clauses d'achat exclusif qui se révèlent être nécessaires au maintien de l'unité commune et de la notoriété du réseau de franchise. En outre, Le Règlement n° 330/2010 assimile en son article 1<sup>er</sup> (d) l'obligation d'achat exclusif ou quasi-exclusif<sup>987</sup>, à l'obligation de non-concurrence pendant la période de l'engagement contractuel.

Une telle clause bénéficie de l'exemption des accords verticaux prévue par l'article 2 du règlement, si conformément aux dispositions de l'article 5 § 1<sup>er</sup> (a) du Règlement n° 330/2010, la durée de cette clause ne dépasse pas 5 ans et à condition que les parts de marché détenues respectivement par le fournisseur et l'acheteur ne dépassent pas le seuil de 30%<sup>988</sup>. Mais, ces dispositions ne sont pas toujours respectées, c'est le cas par exemple dans un arrêt rendu par les tribunaux italiens, le 26 juillet 2001, où l'Autorité de la concurrence a constaté lors de l'analyse de la clause d'approvisionnement exclusif, que la part de marché du franchiseur dépassait le seuil de 30 % fixé par le Règlement européen et que la clause limitait la concurrence inter-marques. Malgré cela, l'Autorité a admis sa licéité en soulignant qu' : « *il existait encore suffisamment de points de vente non liés par un accord d'exclusivité et que le taux de turn over des franchisés était suffisamment important pour éviter un effet cumulatif*

---

<sup>984</sup> P. Pigassou, « La distribution intégrée », *RTD com.*, 1980, 480.

<sup>985</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, Droit et pratique », *op. cit.*, n°2041.

<sup>986</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Basse-Terre, le 20 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 2003-247239.

<sup>987</sup> A condition qu'elle vise plus de 80 % d'achats annuel.

<sup>988</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 3 du Règlement n° 330/2010.

*des réseaux* »<sup>989</sup>. Il s'avère donc que malgré l'existence d'un éventuel risque d'atteinte à la concurrence, les clauses d'approvisionnement exclusif sont admises en matière de franchise, car elles correspondent à une nécessité spécifique de préservation de l'identité et de la notoriété du réseau qui justifie un régime juridique particulier.

Ainsi, les critères retenus pour valider la clause d'approvisionnement exclusif sont relatives d'une part à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, et d'autre part, le fait que le savoir faire du franchiseur réside dans la détermination de l'assortiment des produits, l'incapacité de ne pas pouvoir formuler des indications objectives concernant les marchandises relevant de cette clause d'achat exclusif. Reste enfin que cette clause d'achat exclusif ne doit pas s'envisager comme étant une obligation stricte et ferme qui s'impose au franchisé et qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre<sup>990</sup>. Mais, le franchisé est également tenu d'honorer d'autres obligations, surtout celles relatives à la vente et aux garanties de paiement (**Sous-Paragraphe 2**).

***Sous-Paragraphe 2 : Les obligations relatives à la vente des produits et aux garanties de paiement :***

Le contrat de franchise peut prévoir certaines des obligations incombant au franchisé : ses obligations inhérentes à la vente de produits et à leurs prix pratiqués (**A**), mais aussi celles relatives aux garanties de paiement (**B**).

---

<sup>989</sup> Décision n° 9794, rendue par l'Autorité italienne de la concurrence dans l'affaire *Heineken Canale Horeca*, le 26 juillet 2001, *Bollettino* n° 30, 2001.

<sup>990</sup> Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy, le 22 octobre 2008, *RG*, n° 00/00865 : « *une clause imposant au franchisé de s'approvisionner en priorité auprès du franchiseur tout en lui offrant la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, dès lors qu'il était en mesure de démontrer que ces approvisionnements lui permettaient de pratiquer une politique nécessaire à la spécificité de son point de vente, préservait suffisamment la liberté d'approvisionnement du franchisé* ».

***A- Les obligations relatives à la vente de produits et aux prix pratiqués par le  
franchisé :***

Dans le but d'assurer l'homogénéité de son réseau de franchise, le franchiseur peut imposer à ses franchisés un prix de revente unique de tous ses produits commercialisés. Mais la fixation de prix de revente imposés peut transgresser les exigences des lois étatiques qui assurent une protection au droit de la concurrence. C'est le cas par exemple des franchisés soumis au droit communautaire de la concurrence<sup>991</sup>. Par conséquent, les prix minima imposés sont prohibés<sup>992</sup> et seuls sont autorisés les prix maxima imposés et les prix conseillés.

Ainsi, s'il peut imposer au franchisé le respect de certaines obligations, le franchiseur reste néanmoins soumis au respect des règles de la concurrence. Il en résulte que le franchisé conserve la prérogative de déterminer les prix de vente de ses produits. Le responsable du réseau de franchise ne peut que lui communiquer des prix indicatifs dans l'objectif d'harmoniser son réseau.

D'ailleurs, les juges sont particulièrement attentifs au contenu des clauses du contrat qui portent sur les prix de ventes. Dans ce cadre, la jurisprudence a considéré comme illicite la clause par laquelle un franchisé devait respecter « *autant que faire se peut* » les marges bénéficiaires préconisées par le franchiseur<sup>993</sup>. Le franchisé reste donc libre d'adapter ses prix au contexte économique de la zone où il est implanté

En outre, le franchiseur peut se heurter à l'exigence d'indépendance du franchisé et peut donner lieu à l'application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail, une telle pratique est contraire aux droits interne étatique<sup>994</sup> et communautaire<sup>995</sup> de la concurrence.

---

<sup>991</sup> D. Legeais, *op. cit.*, n° 48, p.11.

<sup>992</sup> Dans ce cadre, l'article L. 420-5 du Code de commerce prévoit que : « *sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits* » ; voir aussi dans ce sens A. Carniaux, « Les clauses financières restreignant la concurrence dans les contrats de licence : le droit américain, canadien et européen », (1997) 28 *R.G.D.* 201.

<sup>993</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 1<sup>er</sup> juin 1996, dans son pourvoi n° 91-14242.

<sup>994</sup> Conformément aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Ainsi, si les prix *minima* et les prix fixes imposés sont interdits, toutefois, les prix *maxima* imposés sont admis.

Néanmoins, le franchisé qui voudrait remettre en cause les dispositions du contrat de franchise qu'il a signé avec le franchiseur, il est dans ce cas obligé de rapporter la preuve que le franchiseur lui impose ses prix. Pour résoudre un tel problème, le Conseil de la concurrence<sup>996</sup> et les juridictions nationales<sup>997</sup> examinent les dispositions contractuelles prévues par le contrat de franchise.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 2009, le franchisé soutenait que le contrat lui imposait implicitement de pratiquer les prix indiqués par le franchiseur. Dans cette affaire, le contrat contenait une clause conforme aux exigences légales rédigée comme suit : « *le partenaire, commerçant indépendant, pourra déterminer librement ses prix de vente, et facturera lui-même ses produits au consommateur, les prix de vente étant des prix conseillés simplement indicatifs* »<sup>998</sup>. Ainsi, la Cour a considéré que la liberté du franchisé est suffisamment préservée, notamment sur la foi de deux attestations. La première émanait du prestataire informatique qui indiquait que les franchisés pouvaient imprimer leurs propres étiquettes et effectuer des remises en caisse, la seconde émanait d'un franchisé qui pratiquait des prix autres que ceux préconisés par le franchiseur.

Pourtant, la clause suivante obligeait le franchisé de tenir informer préalablement le franchiseur, surtout lorsqu'il envisageait de pratiquer des prix différents ou de réaliser des promotions, ce qui avait pour conséquence, selon le franchisé, de nier la liberté affirmée par la première clause. La Cour d'appel de Paris n'a pas suivi cet argument, en considérant que : « *la simple obligation d'informer imposée par le contrat ne permet pas au franchiseur d'intervenir sur les prix pratiqués par le franchisé, et est donc licite* ».

---

<sup>995</sup> Conformément aux dispositions de l'article 81, § 1 du Traité CE.

<sup>996</sup> Décision n° 01-D-58du Conseil de la concurrence, rendue le 24 septembre 2001.

<sup>997</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon, rendu le 12 juillet 2005, *Juris-Data*, n° 2005-292526.

<sup>998</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 2009, *RG* n° 06/13301.



De surcroît, l’Autorité de la concurrence a eu à se prononcer sur une clause qui imposait une uniformité des prix au sein du réseau de franchise<sup>999</sup>, incluse dans un contrat de franchise. La clause prévoyait en effet que le distributeur « *pourrait gérer la vente des produits aux prix et aux conditions (...) établis conjointement entre le distributeur et le franchiseur, afin de maintenir la commercialisation uniforme des produits dans tout le réseau des établissements du territoire national concerné, en respectant les marges accordées* »<sup>1000</sup>.

L’Autorité de la concurrence a estimé dans cette affaire que le pré-étiquetage concrétise l’unité imposée par le contrat de franchise. Mais, le franchiseur prétendait néanmoins prouver que le distributeur était libre de pratiquer un prix inférieur à celui indiqué en produisant un tableau faisant apparaître, pour certaines sociétés, un différentiel entre le chiffre d’affaires issu de l’application des prix recommandés et le chiffre d’affaires réellement réalisé. Ce raisonnement n’a pas eu beaucoup d’échos chez l’Autorité de la concurrence, qui a constaté la présence des écarts modestes, dans seulement quatre magasins.

Par ailleurs, pour pouvoir améliorer son chiffre d’affaires, le franchisé peut faire appel à la nouvelle technologie, notamment internet pour vendre plus de produits. Pourtant, ce site internet peut entrer en conflit avec les autres franchisés, ou avec le réseau de franchise tout entier, surtout en matière de sauvegarde de l’image de l’enseigne.

Si malgré le fait que le responsable du réseau de franchise dispose de la prérogative qui lui permet d’imposer au franchisé des conditions particulières (une charte graphique par exemple), pour pouvoir exploiter son site internet, à condition néanmoins que l’image du réseau soit préservée. Toutefois, le droit de la concurrence s’oppose, en principe, aux interdictions relatives à l’exploitation d’un site internet par le franchisé. Dans ce cadre, F.-L. Simon estime que : « *la validité d'une clause imposant une telle limitation est soumise à la réunion de certaines conditions, lorsque le contrat qui la contient entre dans le champ d'application du droit interne ou du droit communautaire de la concurrence* »<sup>1001</sup>.

---

<sup>999</sup> Décision n° 09-D-23du Conseil de la concurrence, rendue le 30 juin 2009.

<sup>1000</sup> Il faut souligner que la CJCE prend en considération le comportement des parties pendant l’exécution du contrat, surtout dans le cas où le contrat n’impose pas au franchisé de suivre une politique de prix, (CJCE, 13 juil. 2006, arrêt n° C-74/04 P).

<sup>1001</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 327.

Il ressort ainsi des lignes directrices que : « *le franchiseur peut interdire au franchisé d'effectuer par internet des ventes actives vers les territoires protégés d'autres franchisés, une vente active consistant alors en un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé ou encore un site spécialement conçu pour viser en premier lieu une clientèle déterminée, par exemple en utilisant des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée* »<sup>1002</sup>.

Dans ce cadre, le franchisé doit disposer de ce que l'on appelle « *un nom de domaine* » qui correspond à « *l'ensemble des caractères qui, s'inscrivant dans un domaine, permettent de dénommer un serveur web, un serveur de messagerie électronique...etc.* »<sup>1003</sup>. Néanmoins, il faut être en mesure de justifier les droits sur une marque pour pouvoir demander l'attribution d'un nom de domaine correspondant au nom de cette marque<sup>1004</sup>. Toutefois, le franchisé est par définition titulaire de droits sur la marque du franchiseur<sup>1005</sup>; reste néanmoins, selon F.-L. Simon, à déterminer si ces droits comprennent celui d'utiliser la marque du réseau comme nom de domaine<sup>1006</sup>.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 14 septembre 2000, concernant un contrat de distribution, alors que le Tribunal de grande instance de Nanterre avait considéré que : « *le distributeur s'était rendu coupable de contrefaçon, de parasitisme et de concurrence déloyale, en reproduisant la marque dans son nom de domaine, au motif que le droit concédé aux distributeurs était «un simple droit d'utilisation accordé à titre précaire* »<sup>1007</sup>. Mais, la Cour d'appel de Versailles a estimé dans cette affaire que : « *l'autorisation d'utiliser la marque conférée au distributeur avait des contours incertains, avait déduit du*

---

<sup>1002</sup> Ces dispositions sont prévues par les Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOCE* communication de la Commission n° C-291, du 13 octobre 2000, p. 1 à 44, notamment au point n° 51.

<sup>1003</sup> C. Manara, « Nom de domaine », n° 1, *Rép. com. Dalloz*, oct. 2004.

<sup>1004</sup> Il faut souligner que selon un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 14 novembre 2006, dans son pourvoi n° 04-11.344 : « *le choix de l'intitulé d'une marque comme nom de domaine par une personne ne détenant aucun droit sur cette marque constitue une contrefaçon lorsque le site ainsi désigné et la marque reproduite correspondent à la même activité* ».

<sup>1005</sup> A. Lecourt, « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », *D.* 2004, p. 623.

<sup>1006</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 329.

<sup>1007</sup> Arrêt rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre, le 20 mars 2000, *Juris-Data*, n° 142509.

*comportement des parties, qu'un accord particulier était intervenu entre elles, autorisant le distributeur à employer le nom de domaine litigieux »<sup>1008</sup>.*

Par conséquent, le décret n° 2007-162 du 6 février 2007<sup>1009</sup> est venu préciser les règles d'attribution de ces noms de domaine, en prévoyant qu' : « *« un nom de domaine identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle par les règles nationales ou communautaires ou par le présent code ne peut être choisi pour nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi »<sup>1010</sup>.*

Mais, ce texte qui ne détermine pas avec précision l'ampleur du droit dont doit avoir le détenteur du nom de domaine, pose problème au niveau de la position que doivent prendre les organismes d'enregistrement vis-à-vis d'un franchisé disposant d'un droit sur une marque. Cependant, une décision rendue par le centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a néanmoins apporté quelques éclaircissements, s'agissant du régime applicable au nom de domaine enregistré par le franchisé à l'expiration du contrat de franchise.

En l'espèce, le franchisé avait enregistré un nom de domaine, dont le nom de deuxième niveau était une reproduction de la marque du franchiseur; le contrat de franchise avait été résilié peu après; l'expert du centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a considéré qu' : « *à compter de la date de la résiliation, le franchisé ne disposait plus du droit d'utiliser la marque à quel titre que ce soit et notamment au sein d'un nom de domaine, et que le franchiseur était fondé à demander la transmission du nom de domaine litigieux à son profit. Le franchiseur n'ayant pas contesté le droit du franchisé à utiliser ledit nom de domaine pendant la période d'exécution du contrat de franchise, aucune précision n'est apportée à ce titre »<sup>1011</sup>.*

---

<sup>1008</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 14 sept. 2000, *RG*, n° 00/03354.

<sup>1009</sup> Voir aussi à ce propos, C. Manara, « Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français », *D. 2007*, p. 1740.

<sup>1010</sup> Ces dispositions sont prévues par les articles R. 20-44-45 du Code des postes et des communications électroniques.

<sup>1011</sup> Décision rendue par le centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, le 19 juin 2007, *DFR* 2007-0019, dans l'affaire, Refill24 GmbH c./ Reset Multiservices.

De surcroît, la Cour d'appel de Paris a par ailleurs fait application de ce décret n° 2007-162 du 6 février 2007 dans une espèce où le titulaire d'une marque contestait l'enregistrement du nom de domaine « www.sunshi- ne.fr ». Sur le fondement du décret précité, la Cour d'appel a refusé de voir dans le fait que le déposant avait agi au nom de la société en formation titulaire de la marque un intérêt légitime »<sup>1012</sup>.

Par ailleurs, pour pouvoir interdire au franchisé de vendre ses produits par internet, le franchiseur est dans l'obligation de justifier de manière objective cette interdiction. Ainsi, le projet de règlement communautaire devant remplacer le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, inclut dans la définition de l'obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, « *les interdictions de vendre des biens ou services par internet, dès lors que l'interdiction a pour effet d'obliger le franchisé à limiter ses achats de biens ou services concurrents à moins de 20 % du total de ses achats* ».

Cependant, le responsable du réseau de franchise ne peut imposer à son franchisé d'accéder ou de faire usage d'internet, ni, à l'exception des cas très strictement appréciés où cette interdiction est objectivement justifiée, lui interdire de réaliser des ventes passives sur le net<sup>1013</sup>. Ainsi, le Conseil de la concurrence considère dans ce sens que : « *le franchiseur ne peut se réserver la vente ou la publicité sur internet, dans la mesure où si l'interdiction de la vente sur internet est objectivement justifiée, elle s'impose également au franchiseur* »<sup>1014</sup>.

Dans ce cadre, la solution qui s'impose serait, selon S.-A. Delettre que : « *le franchiseur crée un site internet, commun à l'ensemble de son réseau de franchise, à l'exploitation duquel tous les franchisés seraient intéressés* »<sup>1015</sup>. Mais, malgré l'importance

---

<sup>1012</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 16 janvier 2008, *D. 2008*, p. 288, obs. C. Manara.

<sup>1013</sup> Les lignes directrices sur les restrictions verticales prévoient au points n°50 et 51 que : « *la vente passive sur internet correspond à « toute publicité ou action de promotion générale (...) qui atteint des clients établis sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs (...) mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires, par exemple pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire* », étant précisé que « *si un client visite sur internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive* ».

<sup>1014</sup> Décision n° 06-D-28, § 32, rendu par le Conseil de la concurrence, le 5 octobre 2006.

<sup>1015</sup> S. Alma-Delettre, « *Cyber distribution. Réseaux de distribution sur internet et droit de la concurrence. Mise en place de la distribution en ligne. Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur internet* », *J.-Cl. Commercial, fasc. 815*, 2006, § 38.

de cette solution, des problèmes semblent néanmoins apparaître. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009. Dans cette affaire, le franchisé, auquel il était reproché d'avoir créé un site internet de vente, malgré la prohibition qui lui en était faite par le contrat, tentait de s'extraire à sa responsabilité, en prétendant que le site commun au réseau était verrouillé par le franchiseur. Mais, la Cour n'a pas pris en compte ces arguments du franchisé pour défaut de preuve.

Mais, il semble que le franchisé n'a pas contesté par principe la validité de la prohibition qui lui serait faite d'exploiter son propre site internet, à condition néanmoins qu'il ait accès à un site internet exploité en commun par tout les membres du réseau de franchise. La Cour a montré ainsi une faveur certaine envers ce système, non seulement en rejetant les arguments avancés par le franchisé visant à voir déclarer non-écrite la clause litigieuse, mais encore en faisant peser sur le franchisé la charge de la preuve du fait que le site présenté comme commun bénéficie au seul franchiseur<sup>1016</sup>.

Par ailleurs, dans un contexte visant à augmenter les ventes de produits, le franchisé peut être amené à s'engager dans le cadre d'une clause d'objectif, à travers duquel le franchisé s'engage à atteindre un résultat défini par avance par les parties<sup>1017</sup>. Il est toutefois indispensable d'indiquer dans ces clauses d'objectif les modalités selon lesquelles la réalisation de l'objectif s'apprécie, notamment les dates auxquelles l'objectif doit être atteint et, le cas échéant, la zone géographique dans laquelle le résultat doit être obtenu<sup>1018</sup>.

C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 26 avril 2007, où « *il ne résultait pas clairement de la clause d'objectif que la commune intention des parties était que le résultat à prendre en considération était celui obtenu par l'activité exercée dans le seul territoire concédé en exclusivité, alors que l'activité du franchisé s'était étendue au-delà de ce territoire; par ailleurs, le contrat ne précisait pas si la sanction prévue*

---

<sup>1016</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 janvier 2009, RG, n°06/11392 ; Petites Affiches, 13 novembre 2009, n°227.

<sup>1017</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 331.

<sup>1018</sup> *Ibid.*

*(perte de l'exclusivité territoriale) était encourue pour le non respect de l'objectif quinquennal ou pour les paliers annuels »*<sup>1019</sup>.

De surcroît, la Cour de cassation s'est clairement exprimée sur la validité de ce genre de clause, en censurant, au visa de l'article 1134 du Code civil 403, la décision d'une Cour d'appel ayant méconnu les termes d'une telle clause. Encore faut-il que les conditions de l'article 1108 du Code civil soient remplies et, notamment, que l'objet de la clause d'objectif soit déterminé. La Cour a ainsi jugé que : « *la clause d'objectif devait être annulée sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, le contrat ne précisant pas la zone géographique dans laquelle le pourcentage de pénétration devait être réalisé* »<sup>1020</sup>.

Ainsi, pour être valable, la clause ne doit pas avoir été imposée de façon abusive et disproportionnée eu égard à l'importance du territoire concédé: s'il en était ainsi, elle serait susceptible d'être annulée pour vice de violence, c'est pourquoi l'arrêt d'appel, qui avait condamné un distributeur exclusif d'automobiles pour non respect d'une clause d'objectif, a été cassé par la Cour de cassation au motif que : « *la cour s'était déterminée «sans rechercher, ainsi que cela lui était demandé, si les objectifs commerciaux n'avaient pas été imposés de façon abusive et disproportionnée eu égard à l'importance du territoire concédé, au visa de l'article 1112 du Code civil»*<sup>1021</sup>.

Reste enfin que les objectifs auxquels le franchisé s'engage contractuellement doivent revêtir la nature d'une obligation de moyens<sup>1022</sup>. En effet, par l'obligation de moyens, « *le débiteur s'oblige seulement à utiliser tous les moyens possibles en vue d'atteindre un résultat déterminé, sans promettre qu'il y parviendra* »<sup>1023</sup>. C'est ainsi que cette obligation de moyen permettrait au franchisé qui aurait fait les efforts nécessaires pour arriver au résultat contractuellement prévu sans y parvenir en raison, notamment, des aléas de l'activité

---

<sup>1019</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 26 avril 2007, *Juris-Data*, n° 341065.

<sup>1020</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 2 octobre 1991, *Juris-Data*, n° 024222.

<sup>1021</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 29 janv. 2008, dans son pourvoi n° 06-20.808.

<sup>1022</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 333.

<sup>1023</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, et Ph. Stofell-Munck, « Les obligations », *Deffrénois*, 2004, n° 941.

commerciale, d'éviter de voir sa responsabilité contractuelle engagée<sup>1024</sup>. Mais, en est-il en matière de garanties de paiement (B) ?

### ***B- Les garanties de paiement :***

Afin de veiller à la continuité de son réseau de franchise, le responsable du réseau de franchise est tenu de mettre en place toutes les dispositions et les mesures visant à garantir les sommes que les franchisés lui-doivent, conformément aux dispositions contractuelles prévues par le contrat de franchise. L'exigence de telles garanties est tout à fait légitime et s'explique par le fait que le franchiseur à la pérennité de son réseau, ce qui implique qu'il soit rémunéré des services qu'elle accomplit ( comme on a déjà vu dans le 1<sup>er</sup> Chapitre de la deuxième partie de notre étude que dans le cadre de ses obligations à l'égard du franchisé, le franchiseur est tenu de transmettre son savoir faire, de fournir de l'assistance technique à ses franchisés...etc.).

Dans ce cadre, plusieurs obligations de nature financière pesant sur le franchisé-paiement du droit d'entrée, des redevances...etc.-le franchiseur exige généralement la fourniture de garanties de paiement, à savoir : la garantie à première demande (1), le nantissement du fonds de commerce (2) et le cautionnement et le porte-fort du dirigeant de la société franchisé (3).

#### ***1- La garantie à première demande :***

La garantie à première demande ou garantie autonome ou indépendante<sup>1025</sup> fait partie des garanties personnelles et qui consiste pour le responsable du réseau de franchise à

---

<sup>1024</sup> Voir dans ce sens s Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 102.

<sup>1025</sup> Cette garantie est définie par le Glossaire de la franchise comme étant : « la garantie qui permet au franchiseur de demander le paiement de la dette du franchisé au garant-qui est en pratique une banque-et d'obtenir ce paiement à première demande, sans que la banque ne puisse opposer d'exception, sauf abus ou fraude de la part du franchiseur. La garantie à première demande est en effet, contrairement au cautionnement, autonome par rapport au contrat de franchise dont elle garantit l'exécution

immobiliser une somme d'argent auprès d'un établissement bancaire. Elle provoque ainsi un accroissement de l'investissement initial du franchisé dans son projet et donc une évolution considérable de son apport personnel.

Cette garantie est mentionnée dans le contrat de franchise, sans pour autant être toujours intégrée explicitement dans le détail des investissements spécifiques à l'enseigne dans le document d'information précontractuelle. Celle-ci permet au franchiseur d'obtenir immédiatement l'exécution d'une obligation financière du franchisé, sur simple demande auprès de la banque, sans pour autant faire appel aux juridictions compétente. À l'exception du cas particulier d'abus ou de fraude, la banque ne pourra lui opposer aucune autre exception d'inexécution, que celle résultant d'une clause de ladite garantie<sup>1026</sup>.

C'est en 1982 que la jurisprudence a pour la première fois reconnu la validité de cette garantie<sup>1027</sup>, avant d'être entérinées par une ordonnance du 23 mars 2006. En outre, la CCI a mis au point un régime dénommé : « *Règles uniformes pour les garanties à première demande* », auquel les parties au contrat peuvent se référer dans la garantie pour avoir un cadre juridique clarifiant un ensemble d'éléments<sup>1028</sup>.

Ce régime instauré par la CCI trouve sa légitimité dans le fait que cette garantie est principalement utilisée dans le cadre des contrats internationaux. Le but principal de ce régime est d'établir un juste équilibre entre les intérêts des différentes parties au contrat et se conçoit ainsi comme un socle commun reprenant les règles fondamentales sur lesquelles les différentes parties peuvent s'accorder. Ces règles uniformes sont donc complémentaires des règles étatiques, et les parties pourront s'y référer tout en ayant choisi l'application d'une loi étatique interne.

---

*par le franchisé. La banque garante, après avoir payé le franchiseur, peut poursuivre le franchisé pour obtenir le remboursement des sommes qu'elle aura versées. Le plus souvent, la banque immobilise l'équivalent de la somme garantie sur le compte du franchisé. Le franchisé dispose de voies de recours dans le cas où la garantie a été actionnée à tort ; il doit alors prouver qu'il n'avait aucune dette envers le franchiseur afin de se faire restituer la somme versée ».*

<sup>1026</sup> Voir en ce sens Mémento Lefebvre, « Contrats et droit de l'entreprise », Ed. 2003, N°4990.

<sup>1027</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 20 décembre 1982, *Bull.civ.* IV, n° 417.

<sup>1028</sup> Chambre de Commerce Internationale, publication n°458, du 3 décembre 1991.



Pour être en présence d'une garantie à première demande, plusieurs conditions fondamentales doivent être réunies : la garantie doit être autonome, dans la mesure où l'engagement du garant doit être autonome et distinct des obligations garanties. Dès lors, si une garantie est expressément<sup>1029</sup> affirmée comme accessoire<sup>1030</sup> ou expressément liée à l'inexécution du contrat de base<sup>1031</sup>, elle n'est pas une garantie à première demande, mais un cautionnement.

C'est un engagement inconditionnel de payer à première demande du bénéficiaire de la garantie. Dans ce contexte, la banque, dans le cadre d'une garantie à première demande, ne peut se prévaloir des exceptions que le franchisé peut ou pourrait opposer au franchiseur. Cette garantie permet donc au franchiseur d'obtenir immédiatement l'exécution d'une obligation financière du franchisé sans recours préalable aux juridictions.

Néanmoins, la banque pourra exercer un recours subrogatoire<sup>1032</sup> contre le franchisé afin d'obtenir le remboursement de la somme versée. Le franchisé se voit lui aussi accorder des voies de recours, notamment envers le franchiseur et la banque pour les cas où la garantie aurait été actionnée à tort, il devra prouver qu'il n'avait aucune dette envers le franchiseur pour obtenir la restitution des sommes<sup>1033</sup>. Serait-il de même en matière de nantissement du fonds de commerce du franchisé (2) ?

## ***2- Le nantissement du fonds de commerce du franchisé :***

Le nantissement du fonds de commerce<sup>1034</sup> est conformément aux dispositions de l'article L. 142-1 et suivant du Code de commerce, une garantie réelle proche de l'hypothèque

---

<sup>1029</sup> Cass. com., 26 janvier 1993, *RJDA* 5/93 N°433 : « *l'engagement doit être exprès* ».

<sup>1030</sup> Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 2 juin 1982, D. 1983, 437.

<sup>1031</sup> Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 9 juillet 1986, D. 1988, *som.* 243.

<sup>1032</sup> Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 146.

<sup>1033</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 335.

<sup>1034</sup> Le nantissement du fonds de commerce est défini par le Glossaire de la franchise comme étant « *une garantie relevant de la catégorie des sûretés réelles, proche de l'hypothèque, qui permet au franchiseur de bénéficier d'un droit de préférence afin de vendre le fonds de commerce et de se faire payer sur le prix de cession. Le nantissement peut être judiciaire ou conventionnel, dans ce dernier cas, il doit obéir à certaines règles de forme précises posées par le code de commerce (art. L 142-1 et s.), pour être valable. Il doit ainsi être constaté par écrit-acte sous seing privé ou acte authentique-et faire l'objet de mesures de publicité. Cette sûreté*

par laquelle un fonds de commerce est affecté au paiement d'une dette, sans que le franchiseur ne soit mis en possession du fonds, de sorte que le franchisé peut continuer l'exploitation de son fonds.

Le créancier nanti ou le franchiseur bénéficie alors d'un droit de préférence. C'est le plus souvent dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte contre le franchisé que le franchiseur fait valoir son droit de préférence, il pourra alors être rémunéré avant les créanciers chirographaires, mais après les créanciers privilégiés (le Trésor public par exemple). Mais, il est néanmoins assez rare qu'il procède de lui-même à une saisie du fonds de commerce.

Il bénéficie également d'un droit de suite. Si le propriétaire du fonds vend, donne, apporte en société ou nantit à nouveau le fonds, voire cède un élément isolé du fonds, le franchiseur pourra saisir le fonds entre les mains de son nouveau propriétaire. En pratique, le nantissement prévoit généralement que le franchisé ne pourra céder tel ou tel élément du fonds sans le consentement du franchiseur.

Par ailleurs, le nantissement du fonds de commerce est soumis à des conditions de forme très particulières qui doivent être respectées à peine de nullité. Il doit d'abord être constaté par écrit, et les parties au contrat de franchise ont le choix entre la passation d'un acte authentique et la rédaction d'un acte sous seing privé.

Il doit ensuite être enregistré et déposé au greffe pour inscription. Si le nantissement porte au surplus sur des droits de propriété industrielle ou commerciale, une inscription spéciale doit être effectuée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Cependant, en cas d'erreur sur le débiteur du fonds de commerce lors de l'inscription du nantissement, le propriétaire de ce fonds ne peut pas être tenu au remboursement de la dette. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de

---

*constitue une garantie de paiement appréciée car elle n'entrave pas la trésorerie du franchisé qui reste en possession de son fonds de commerce dont il poursuit l'exploitation. Toutefois, cette garantie est étroitement liée à la valeur du fonds de commerce qui varie avec le temps. Elle peut être utilisée conjointement avec d'autres types de garanties de paiement telles que le cautionnement, la garantie à première demande, parmi les plus fréquentes ».*

cassation, le 24 septembre 2003, aux termes duquel : « *le nantissement d'un fonds de commerce consenti en garantie de la dette d'un tiers est une sûreté réelle qui n'a pas pour effet de faire peser sur le propriétaire du fonds une obligation personnelle au paiement de cette dette* »<sup>1035</sup>.

Le nantissement garantit la créance nantie sur la totalité des éléments du fonds de commerce grevé. Le créancier nanti (le franchiseur) dispose de deux droits principaux : 8 jours après une sommation de payer qui demeure infructueuse, un créancier qui bénéficie d'un nantissement peut solliciter le tribunal de commerce pour lui demander d'ordonner la vente aux enchères publiques du fonds ; il dispose également d'un droit de préférence: que le fonds de commerce soit vendu à l'amiable ou lors d'une vente aux enchères, les créanciers bénéficiant d'un nantissement ont un droit de préférence sur le prix, qui leur permet d'être payés avant les autres créanciers. Le nantissement du fonds de commerce doit enfin faire l'objet de formalités de publicité, qui doivent être accomplies dans les 15 jours de la signature du contrat, sous peine de nullité du nantissement. En est-il alors en matière de cautionnement et de porte-fort (3) ?

### ***3- Le cautionnement et le porte-fort :***

Parmi les différentes garanties pouvant être exigées du franchisé, le cautionnement et le porte-fort fournis par le dirigeant de la société franchisée. Le cautionnement est : « *une sûreté personnelle par laquelle une personne nommée « la caution » s'engage à l'égard d'une troisième personne dite « le bénéficiaire du cautionnement » à payer la dette du débiteur principal dite « la personne cautionnée », pour le cas où cette dernière faillirait à ses engagements* »<sup>1036</sup>.

Par ailleurs, la validité du cautionnement est intimement liée aux mentions manuscrites exigées par le Code de la consommation dans ses articles L. 341-2 et L 341-3, dans la mesure où le dirigeant n'a pas la qualité de commerçant. Il s'agit donc d'un formalisme

---

<sup>1035</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 24 septembre 2003, dans son pourvoi n° 00-20.504.

<sup>1036</sup> Cette définition est donnée par le Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo.

*ad validatem*. Ainsi, la Cour d'appel d'Orléans a rendu un arrêt le 8 février 2007, dans lequel elle a considéré que : « *l'insuffisance des mentions imposées par la loi emporte la nullité du cautionnement* »<sup>1037</sup>.

En outre, il appartient à la caution et au bénéficiaire, le franchiseur, d'être particulièrement vigilants lors de la rédaction de l'acte de cautionnement pour éviter d'éventuels conflits. Ainsi, dans un arrêt rendu par une Cour d'appel, le 19 juin 2008, la Cour a rejeté la demande des cautions tendant à obtenir la condamnation du franchiseur à leur payer des dommages intérêts, pour avoir exigé d'elles un engagement de caution manifestement disproportionné à leurs revenus et à leur patrimoine.

La Cour a en effet relevé que : « *les cautions étaient des professionnels avertis, qu'il n'était pas soutenu que le franchiseur ait disposé, concernant l'opération projetée, d'informations que les cautions elles mêmes ignoraient et enfin que le créancier n'était pas un organisme financier spécialisé dans l'octroi de prêts mais un commerçant pratiquant de façon occasionnelle le crédit-fournisseur à l'égard de ses franchisés* »<sup>1038</sup>.

En l'espèce, un couple avait acquis les parts sociales d'une société franchisée subissant déjà des difficultés importantes, puis avait consenti au franchiseur, également fournisseur principal, plusieurs cautionnements solidaires. La société franchisée ayant été mise en liquidation judiciaire, le franchiseur poursuivait les cautions. Celles-ci lui opposaient la nullité des actes de cautionnement et recherchaient sa responsabilité. Les moyens des cautions n'ont pas été accueillis par la Cour.

La Cour d'appel a d'abord rejeté la requête d'annulation basée sur la violence économique. S'agissant du premier cautionnement consenti, la Cour a constaté que la violence économique n'était pas prouvée ; les faits se penchaient au contraire à établir le consentement non forcé de la caution. La Cour a relevé à cet égard que les cautions avaient obtenus les parts sociales de l'entreprise franchisée en pleine connaissance du passif et en a conclu que ces dirigeants étaient « *mal venus de se plaindre de leur situation à l'égard [du*

---

<sup>1037</sup> CA Orléans, 8 février 2007, *Juris-Data*, n° 351512.

<sup>1038</sup> CA Nîmes, 19 juin 2008, *RG*, n° 06/4867 ; *Petites Affiches*, 13 novembre 2009, n°227.

*franchiseur], si leur évaluation de la rentabilité commerciale future [des] magasins n'a pas ensuite correspondu à leurs attentes initiales ».*

En ce qui concerne les autres cautionnements, la Cour a relevé que la contrainte alléguée n'était pas illégitime. Pour écarter l'hypothèse de la violence économique, la Cour a considéré que les cautions étaient des commerçants expérimentés assistés régulièrement par des experts judiciaires et comptables et qu'elles n'avaient jamais contesté la qualité de leur consentement avant que leur responsabilité de caution ne soit recherchée par le franchiseur. La Cour a également rejeté la requête visant à annuler les cautionnements fondée sur le dol, aucun des faits invoqués-suspension des livraisons dans l'attente de l'apurement des dettes exigibles et refus d'accorder un nouvel étalement des dettes, après le non-respect d'un protocole précédent- ne peut être qualifié de manœuvre frauduleuse<sup>1039</sup>.

En ce qui concerne le porte fort, il se définit comme étant la garantie en vertu de laquelle le dirigeant et/ou l'associé de l'entreprise franchisée se fait garant, au profit du responsable du réseau de franchise, de la parfaite exécution par l'entreprise franchisée des obligations consenties, conformément aux dispositions prévues dans le contrat de franchise. Le porte-fort s'engage donc à indemniser le créancier, en l'occurrence le franchiseur du préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution du débiteur (le franchisé).

Dans ce cadre, la jurisprudence opère une distinction entre le porte-fort de ratification et le porte-fort d'exécution. Ainsi, dans son arrêt du 13 décembre 2005, la Cour de cassation a considéré que : *« celui qui se porte-fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier est tenu d'une obligation autonome, tandis que celui qui se porte-fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même »*<sup>1040</sup>.

Par ailleurs, la Cour d'appel de Colmar, avait considéré dans son arrêt du 29 avril 2003 que : *« l'engagement de porte-fort d'exécution est une obligation de résultat et que la*

---

<sup>1039</sup> *Ibid.*

<sup>1040</sup> Arrêt rendu par la Cour de cassation, le 13 décembre 2005, *Juris-Data*, n° 031318.

*simple constatation du non-respect de l'obligation garantie engage la responsabilité du promettant* »<sup>1041</sup>.

Ainsi, selon F.-L. Simon, « *cet engagement de porte-fort d'exécution constitue une garantie autonome, accessoire à l'engagement garanti. Cette garantie se rapproche donc du cautionnement. Pour lui, la différence entre le porte-fort d'exécution et le cautionnement tient à l'objet même de l'obligation souscrite; puisque dans un cas, le porte-fort s'engage à indemniser le créancier d'une obligation du préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution du débiteur de celle-ci; dans l'autre cas, la caution se substitue purement et simplement au débiteur défaillant* »<sup>1042</sup>. Enfin, il faut souligner qu'en matière de mise en œuvre de la responsabilité du promettant, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé dans son arrêt rendu le 25 janvier 2005 qu' : « *en cas d'inexécution par le franchisé de ses obligations contractuelles, ne pouvait être paralysée par l'invocation de la nullité de cette dette par le promettant* »<sup>1043</sup>.

Pour conclure, ces différentes obligations étudiées ci-dessus ont alimenté une interrogation sur le rattachement d'une clientèle à l'activité du franchisé, car selon la jurisprudence : « *son autonomie est à peu près réduite à néant; contraint de respecter en tout les normes du franchiseur, il n'est pas en mesure de développer une clientèle autonome* »<sup>1044</sup>, à tel point qu'il n'aurait pas droit au renouvellement du bail des locaux où se trouve exploité le fonds<sup>1045</sup>.

La Cour d'appel de Paris considère toutefois que le franchisé est détenteur d'une clientèle propre, car même s'il utilise la marque et applique les normes du franchiseur, il exerce lui même l'activité commerciale et assume les risques de cette activité : « *dans le cas d'une exploitation de fonds, après signature d'un accord de franchise, il faut observer qu'une*

---

<sup>1041</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar, le 29 avril 2003, *Juris-Data*, n°232142.

<sup>1042</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 345.

<sup>1043</sup> Arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation, le 25 janvier 2005, dans son pourvoi n° 01-15.926.

<sup>1044</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par le TGI de Paris, le 30 octobre 1998, *Gaz. Pal.*, 28 mars 1999, p. 32, obs. J.-D. Barbier.

<sup>1045</sup> P. Boularan, « Propriété commerciale et franchise », *JCP CI*, 1985, I, 14416.

*éventuelle perte de clientèle, voire un insuccès total, frappe directement le franchisé au point, le cas échéant, de mettre en péril l'existence de son fonds ( ... ), alors que le franchiseur n'est atteint que de manière différée et de manière limitée dans le temps, qu'il faut voir là la preuve que la clientèle attachée au fonds est celle du franchisé, laquelle est donc autonome par rapport à celle du franchiseur ... »<sup>1046</sup>. Mais, faut-il encore que le franchisé ait « le droit de disposer des éléments constitutifs de son fonds »<sup>1047</sup>. Néanmoins, cette reconnaissance de l'indépendance du franchisé ne se retrouve pas toujours, dans l'analyse des effets de l'extinction des obligations des deux parties au contrat de franchise (**Section II**).*

## **Section II : L'extinction du contrat de franchise**

La franchise est un phénomène majeur de l'évolution du commerce depuis trente ans, le contrat de franchise se définit comme un système de collaboration entre deux entités juridiquement autonomes, d'une part, le franchiseur, et d'autre part, le franchisé. Le franchiseur, en tant que responsable du réseau de franchise tout entier, accorde à son franchisé le droit de réitérer sa réussite à l'aide d'un certains nombres d'éléments très essentiels dont l'usage de ses signes de ralliement, ou encore la transmission de son savoir-faire et la fourniture de l'assistance en cas de besoin. Le franchisé est également tenu de respecter un certains nombres d'obligations dont les obligations financières. En tant que contrat issu de la pratique commerciale et constitue le fruit de la pratique contractuelle, le contrat de franchise établit une sorte de rapport stable basée sur la bonne-foi et sur la loyauté.

Néanmoins, ce rapport liant les différentes parties au contrat de franchise n'est pas un rapport éternel, dans le sens où le contrat de franchise doit un jour prendre s'éteindre. Dans ce cadre, l'extinction du contrat de franchise intervient dans des conditions et selon des modalités diverses, la survenance du terme extinctif en est la cause principale. A plus forte raison que la majeure partie des contrats de franchise est conclu pour une durée déterminée. Ainsi, sauf dispositions contractuelles contraires, celui-ci s'éteint à l'arrivée de son terme (**Paragraphe I**).

---

<sup>1046</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 3 juillet 2002, D. 2003, *somm.*, p. 2429, , obs. D.Ferrier.

<sup>1047</sup> Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 oct. 2007, D. 2008, 298, note D. Ferrier.

Cependant, si l'arrivée du terme extinctif est la cause la plus fréquente de l'extinction du contrat de franchise, il n'est néanmoins pas la seule. La cessation des relations contractuelles entre les deux parties au contrat de franchise peut découler de la résiliation conventionnelle du contrat de franchise. Ces deux parties peuvent, à tout moment, mettre fin à leurs engagements contractuels, que celui-ci soit conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

L'extinction du contrat peut aussi résulter de sa résiliation par le franchiseur ou par le franchisé, surtout lorsque celui-ci est conclu pour une durée indéterminée. Dans ce cas de figure, chacune des parties dispose ainsi d'un droit d'y mettre fin de manière anticipée et unilatérale, à ses risques et périls. Néanmoins, le respect du préavis constitue « *une règle générale* »<sup>1048</sup> qui doit être respectée. Dans ce cadre, la jurisprudence impose, à celui qui souhaite rompre le contrat, de prévenir l'autre partie, au moins un certain temps à l'avance<sup>1049</sup>. Ainsi, l'objectif recherché est celui d'éviter que l'une des deux parties au contrat ne subisse un éventuel préjudice découlant de la rupture des liens contractuels.

En revanche, de telles dispositions ne sont pas prévues dans les contrats à durée déterminée où selon F. Bussy : « *le préavis n'a pas sa place dans les contrats à durée déterminée* »<sup>1050</sup>. Cela s'explique par le fait que dans ce genre de contrats chacune des parties connaît, dès le moment de la signature du contrat, la date de son échéance. Par conséquent, l'un des deux parties qui ne veut pas renouveler le contrat à expiration n'est pas obligé de prévenir l'autre partie<sup>1051</sup> à l'avance<sup>1052</sup>, « *puisque'il s'agit d'une pure application du contrat,*

---

<sup>1048</sup> J. Azema, « La durée des contrats successifs », *LGDJ*, 1969, préface. R. Nerson, n° 228, p.174.

<sup>1049</sup> Cass. com., 12 mai 2004, *Contrat. conc. conso.*, 2004, n° 104, *comm.* L. Leveneur.

<sup>1050</sup> F. Bussy, préface in *Le préavis en droit privé*, th., de A. Sonet, *PUAM*, 2003.

<sup>1051</sup> Il faut souligner que les deux parties au contrat de franchise sont tenues de respecter le principe de cohérence», D. Houtcieff, « Le principe de cohérence en matière contractuelle », *PUAM*, 2001, préface. H. Muir-Watt.

<sup>1052</sup> Cass. com., 31 janvier 2006, pourvoi n° 03-13.739 : néanmoins la jurisprudence en a jugé autrement, puisqu'elle considère que : « *le non respect d'un préavis dans le non renouvellement du contrat constitue une faute engageant la responsabilité de son auteur* ». Cette solution a été approuvée par D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchise », *JCP CI*, 1977, p. 12441, n° 18, qui considère que : « *l'exigence d'un délai de préavis lors du non- renouvellement est une solution encore plus pertinente pour le contrat de franchise que pour le contrat de concession, car « le non-renouvellement du contrat impliquera non seulement la disparition des signes de ralliement de clientèle et des autres droits incorporels utilisés jusque-là par le franchisé mais également une reconversion de ce dernier au plan de sa gestion commerciale. La poursuite de celle-ci exigera en effet la mise en place d'un nouveau dispositif et il paraît indispensable que le franchisé puisse s'en inquiéter au cours de la période associée au préavis afin de réduire le délai de reconversion qui suivra l'expiration du contrat* ».



*le franchisé n'a pas à être prévenu longtemps à l'avance du non renouvellement du contrat arrivé à son terme, sauf clause contractuelle fixant un préavis »<sup>1053</sup>.*

Mais, la situation est tout autre surtout dans l'hypothèse où le contrat de franchise comporte une clause de tacite reconduction ou de renouvellement<sup>1054</sup>. Dans ce cas, le franchiseur et le franchisé sont tenus de respecter un préavis, surtout dans l'hypothèse où l'un des deux (soit le franchiseur ou soit le franchisé) ne veut pas renouveler le contrat, puisque l'existence de ce genre de clause fait perdre au terme son effet extinctif. En outre, cette extinction entraîne toujours une pluralité d'effets voulus ou provoqués (**Paragraphe II**), dont la désignation de la loi applicable au contrat et l'intervention des juridictions compétentes s'avère nécessaire pour résoudre d'éventuels conflits entre les différentes parties au contrat de franchise (**Paragraphe III**).

#### **Paragraphe I : Les diverses causes d'extinction du contrat de franchise :**

La plupart des contrats de franchise sont conclus pour une durée déterminée 1, et s'éteignent alors en principe par la survenance du terme (**Sous-Paragraphe 1**), Les contrats de franchise à durée indéterminée, ainsi que, dans certains cas théoriquement exceptionnels, les contrats à durée déterminée prennent quant à eux fin par la résiliation (**Sous-Paragraphe 2**).

##### *Sous-Paragraphe 1 : La survenance du terme :*

Dans le cadre de contrats de franchise, le temps apparaît comme étant une substance, comme c'est le cas d'ailleurs dans tous les contrats de collaboration<sup>1055</sup>. Ces contrats sont le souvent conclus pour une durée déterminée. Cette limitation de la durée de ce genre de contrat trouve son origine dans l'économie générale des contrats<sup>1056</sup>. Ainsi, dans le cadre des contrats de franchise, les différentes parties au contrat et plus particulièrement le

---

<sup>1053</sup> Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op.cit.*, n° 654.

<sup>1054</sup> M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *op.cit.*, n° 346, p.158 et s.

<sup>1055</sup> V. P. Hebraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t.II, p.1.

<sup>1056</sup> S. Pimont, « L'économie du contrat », PUAM, 2004, préface J. Beauchard

franchisé-dépensent beaucoup d'argent pour pouvoir exploiter un réseau de franchise. Par conséquent, le but qu'elles recherchent est celui d'assurer une stabilité dans leurs rapports pour ainsi amortir ces dépenses d'argent. Cela trouve son origine aussi dans le fait que le contrat de franchise impose souvent des obligations, telle que l'obligation d'exclusivité, dont la fixation d'un terme précis est une condition obligatoire de validité.

D'ailleurs, quelque que soit les motifs qui poussent les parties à limiter dans le temps la durée du contrat, lorsque celui-ci est affecté par un terme extinctif, il prend par conséquent fin à l'arrivée de son terme. La réalisation de celui-ci produit une sorte d'effet « *couperet* » sur le rapport contractuel liant les deux parties au contrat de franchise<sup>1057</sup>. Il met fin au contrat de franchise pour l'avenir, sans remettre en cause les effets que le contrat a valablement produits dans le passé. En effet, le défaut de renouvellement du contrat de franchise aboutit au fait que chacune des parties retrouve son autonomie à l'arrivée du terme et aucune des deux parties au contrat de franchise ne dispose d'un droit au renouvellement de celui-ci quand il arrive à son terme<sup>1058</sup>, puisque c'est l'économie du contrat qui impose que ce lien contractuel doit être conclu dans la durée<sup>1059</sup>. Dans ce cadre, pratiquement une grande partie des contrats de franchise sont conclus pour une durée déterminée<sup>1060</sup>.

C'est ainsi que le responsable du réseau de franchise dispose d'une grande liberté pour décider ou non de renouveler le contrat le liant au franchisé. Il dispose également de la faculté de proposer au même franchisé de conclure un nouveau contrat qui présente moins d'avantages par rapport à celui-ci qui est arrivé à son échéance<sup>1061</sup>. De plus, la jurisprudence confirme cette tendance et s'attache à confirmer ce principe, en estimant à ce propos que : « *le refus de renouvellement du contrat à son terme ne constitue pas un abus, mais l'exercice d'un*

---

<sup>1057</sup> C.-B. Rey, « Le terme dans le contrat », *PUAM*, 2003, préface. P.-Y. Gautier, n° 541, spécialement à la page 461 et suivant ; Voir aussi dans ce sens T. Bonneau, « La durée dans les contrats », *J- CI Contrats et distribution*, 1990, *fasc.* 70.

<sup>1058</sup> J. Mestre, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, *PUAM*, 1997, p.13.

<sup>1059</sup> Voir dans ce sens J. Azema, « La durée des contrats successifs », *LGDJ*, 1969, préface. R. Nerson ; L. Lawson-Body, « Réflexion sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 2002, n°169, p.3.

<sup>1060</sup> J. Beauchard, « Droit de la distribution et de la consommation », *PUF*, 1996, p.186 ; R. Baldi, « Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire », *Bruylant*, 1988, p.141.

<sup>1061</sup> CA Paris 12 janvier 2005, *LPA*, 8 décembre 2005, n° 44, p.9, note. Y. Marot.

*droit de ne pas contracter* »<sup>1062</sup>. C'est donc la liberté contractuelle qui prime dans ce genre de cas<sup>1063</sup>.

Ainsi, si le contrat de franchise est renouvelé, il ne peut pas l'être que selon des modalités bien précises (par la tacite reconduction, laquelle aura pour effet de renouveler automatiquement le contrat de franchise, sauf expression de volonté contraire de l'un des cocontractants<sup>1064</sup>...). Cependant, dans le cas où le contrat ne comporterait aucune clause prévoyant son éventuel renouvellement, celui-ci pourra être reconduit tacitement, dans la mesure où l'attitude du franchiseur et du franchisé démontre qu'elles entendent renouveler ce contrat. C'est ainsi qu'une Cour d'appel a décidé, dans son arrêt du 15 novembre 2007, qu' : « *en présence d'un contrat de franchise d'une durée de cinq ans envisageant la signature d'un nouveau contrat trois mois avant l'expiration du précédent, et après avoir relevé que les relations contractuelles se sont poursuivies entre les mêmes parties après le terme du contrat initial, la Cour d'appel retient (implicitement) l'existence d'un nouveau contrat* »<sup>1065</sup>.

Dans cette hypothèse, le franchiseur doit garder sa vigilance, surtout dans le cas où il continue d'exécuter à titre précaire certains engagements envers son franchisé, dont le contrat les liants est arrivé à son échéance<sup>1066</sup>. Ainsi, il convient de montrer par écrit que la poursuite de ces liens et rapports contractuels procède d'un accord transitoire, correspondant en réalité à une sorte de période dite de « surveillance », à propos duquel un terme précis doit être fixé, à défaut, le contrat sera considéré comme renouvelé, ou encore il sera requalifié en contrat à durée indéterminée.

---

<sup>1062</sup> Contrats. conc. consom 1994, n° 219, comm. L. Leveneur. CA Paris 12 janvier 2005, LPA, 8 décembre 2005, n° 44, p.9, note. Y. Marot.

<sup>1063</sup> V.-D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges. Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 371.

<sup>1064</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 29 janvier 2008, dans son pourvoi, n° 06-13462.

<sup>1065</sup> CA Dijon, 15 novembre 2007, *Juris-Data*, n° 2007-355669.

<sup>1066</sup> Il faut souligner ici que dans certains cas, les deux parties au contrat de franchise stipulent dans leur contrat une clause qui écarte expressément tout renouvellement du contrat par tacite reconduction à l'arrivée de l'échéance, mais qu'à l'expiration du contrat, ils poursuivent toutefois leur lien contractuel. En pareille cas, la question est de savoir si la poursuite des rapports contractuels par le franchiseur et le franchisé, après l'échéance du terme, constitue une dénonciation, de leur part, de la clause de non-reconduction prévue initialement par le contrat de franchise, donc de savoir si le contrat est renouvelé ? La réponse est négative : Lamy droit économique, 2008, n° 4384.

Par ailleurs, en cas de renouvellement du contrat de franchise, l'obligation d'information précontractuelle s'impose<sup>1067</sup>. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 18 novembre 2008. En l'espèce, une sous-licence d'exploitation du savoir-faire avait été souscrite pour une durée de cinq ans, puis avait été renouvelée par tacite reconduction. Le sous-licencié, estimant que l'information précontractuelle, qui lui avait été donnée était insuffisante, demandait à ce que soit prononcée la nullité de la convention de sous-licence. La Cour d'appel rejette sa demande en nullité aux motifs qu' : « *il appartenait au sous licencié d'établir l'insuffisance de l'information donnée et de démontrer en quoi celle-ci aurait vicié son consentement* ».

Dans cette affaire, la Haute juridiction a décidé de rejeter le pourvoi, en estimant que : « *l'insuffisance de l'information invoquée n'a pu vicier le consentement au sens de l'article L. 330-3 du Code de commerce. D'autre part, le franchisé peut également solliciter la mise en œuvre de la responsabilité du franchiseur pour défaillance dans son obligation de délivrer une information préalable ; dans ce cas, il appartiendra au franchisé de démontrer que l'insuffisance ou le défaut d'information lui a causé un préjudice au sens de l'article 1382 du Code civil* »<sup>1068</sup>. La portée de cet arrêt sera confirmée un an plus tard, par cette même Cour, dans sa décision du 27 janvier 2009. Dans cette affaire, le renouvellement du contrat n'avait donné lieu à aucune information précontractuelle. C'est ainsi que le distributeur demandait l'octroi de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation d'information précontractuelle prévue à l'article L. 330-3 du Code de commerce<sup>1069</sup>.

Dans cette affaire, la Cour d'appel a décidé de rejeter sa requête, en considérant le moyen inopérant, aux motifs que : « *le distributeur, qui soutenait l'existence d'un dol, sollicitait en réparation uniquement l'octroi de dommages et intérêts, alors que la sanction d'une convention contractée avec dol suppose nécessairement une demande en nullité* ». La Chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa de l'article L. 330-3 du Code de

---

<sup>1067</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 11 février 2003, dans son pourvoi n° 00-17074. Cet arrêt sera confirmé quelques années plus tard par un autre arrêt de la même Chambre de la Cour de cassation, le 9 octobre 2007, dans son pourvoi n° 05-14118.

<sup>1068</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-18599.

<sup>1069</sup> Cette obligation est prévue par l'article 14 du Code de déontologie européenne de la franchise qui impose au franchiseur d'informer le franchisé, avec un préavis suffisant, de son intention de ne pas renouveler l'ancien contrat arrivé à son terme ou de ne pas signer un nouveau contrat.

commerce a décidé de casser l'arrêt rendu en appel, en estimant qu' : « *il importe peu que le distributeur ne poursuive pas l'annulation du contrat litigieux* »<sup>1070</sup>.

De manière générale, le renouvellement du contrat peut se réaliser de manière automatique<sup>1071</sup> ou par « *tacite reconduction* »<sup>1072</sup>, sauf si l'une des parties au contrat de franchise s'oppose<sup>1073</sup>. Ainsi, la continuation par les contractants de l'exécution de leurs obligations au-delà du terme reflète leur « *intention commune de ne pas changer un ordre satisfaisant* »<sup>1074</sup>, et présente l'avantage de restreindre de manière considérable l'instabilité des situations des contractants, notamment celle du franchisé<sup>1075</sup>.

Le renouvellement du contrat peut aussi être laissé à la volonté d'une seule des parties au contrat de franchise ou résulter de la volonté expresse du franchiseur et du franchisé, qui s'organisent généralement au moyen d'un calendrier<sup>1076</sup>. Par conséquent, le renouvellement du contrat va donner naissance à un nouveau contrat qui doit être précédé par

---

<sup>1070</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 27 janvier 2009, dans son pourvoi n° 07-21616.

<sup>1071</sup> Ce renouvellement automatique doit être distingué du renouvellement par tacite reconduction, qui se déduit du comportement des parties dans la poursuite de leur contrat après son terme, contrairement au renouvellement automatique qui est là expressément prévu dans le contrat et dès le début de l'engagement contractuel. Voir dans ce sens A. Benabent, « La prolongation du contrat, in *Durée et exécution du contrat* », *RDC*, 2004, p.117, et s. : Mr. Benabent propose de distinguer trois situations qui permettent de clarifier la distinction. Tout d'abord, lorsque les parties sont d'accord pour un renouvellement exprès. Dans ce cas, il estime qu'il n'y a pas de difficulté particulière. Ensuite, les parties ont pu prévoir dans leur contrat initial le renouvellement de la convention. Dans ce cas, l'auteur parle d'un renouvellement stipulé qui ne doit pas se confondre avec la tacite reconduction. Enfin, la tacite reconduction recouvre l'hypothèse selon laquelle les parties continuent leur relation « *comme si le contrat initial existait encore alors qu'il est expiré* ».

<sup>1072</sup> Voir A-V. Eeckhout, « La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires », *RDC*, 2005, p.491, et spéc., p. 495 et suivant : ce genre de clause est souvent ainsi rédigée : « *le présent contrat est conclu pour une durée déterminée. Il prend effet à la date de sa signature et se terminera à la date à laquelle il sera tacitement reconduit aux mêmes conditions pour une durée identique. La partie qui ne souhaiterait pas reconduire le contrat devra le dénoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en respectant un préavis* »

<sup>1073</sup> Voir dans ce sens J. Mestre et B. Fages, « Effets de la tacite reconduction », *RTD, civ.* 2006, p.114 ; D. Favre, « Contribution à l'étude de la tacite reconduction », *LPA*, 1996, n°95, p.23 ; Voir aussi Cass. com., 27 janvier 2007, *Juris-Data*, n° 2007- 05-19.523 ; ou encore CA Paris, 20 févr. 2008, *RG*, n°05/02241.

<sup>1074</sup> P. Gode, « Volonté et manifestation tacite », *PUF*, 1977, n° 27, p.36.

<sup>1075</sup> A. Laude, « La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat », *PUAM*, 1991, préface. J. Mestre, n° 628, p.380, et s.

<sup>1076</sup> Il faut souligner néanmoins que si les deux parties au contrat de franchise décident de poursuivre leurs engagements contractuels, alors que le contrat contient une clause excluant toute possibilité de renouvellement par tacite reconduction, après son terme, cela n'entraîne pas un renouvellement de celui-ci qui s'est déjà éteint à l'arrivée de son terme. Elle constitue selon A. Benabent : « *une relation de fait précaire, de telle manière que le franchiseur comme le franchisé peut y mettre fin à tout moment* », « La prolongation du contrat, in *Durée et exécution du contrat* », *RDC*. 2004, p. 125.

la communication au franchisé des informations précontractuelles<sup>1077</sup> et soumis à la loi applicable au jour du renouvellement et non à celle qui était en vigueur à la date de la conclusion du contrat de franchise initial. Il conduit aussi à la disparition du contrat de cautionnement souscrit en garantie de l'exécution du contrat initial<sup>1078</sup>, sauf si le contrat prévoit d'autres dispositions contraires<sup>1079</sup>.

Cependant, contrairement au renouvellement, la prorogation d'un contrat de franchise, aussi appelée « *substitution de terme* », ne donne pas naissance à un nouveau contrat, mais permet simplement de différer le terme du contrat initial, c'est donc ce même contrat qui s'applique, au-delà du terme initialement convenu<sup>1080</sup>. La prorogation du contrat peut ainsi se réaliser de manière automatique, indépendamment de la volonté des parties, qui l'ont admise dès l'origine, à condition néanmoins du respect de certaines règles, comme celle relative par exemple au fait que le franchiseur et le franchisé peuvent convenir que le contrat sera prorogé de manière automatique pour telle durée, si et seulement si le franchisé réalise tel chiffre d'affaires.

En outre, cette prorogation peut être laissée à la volonté de l'une des deux parties, l'autre étant d'ores et déjà engagée ; cette prorogation peut être qualifiée de promesse de prorogation. La prorogation peut également découler de la volonté commune des parties, dans ce cas, les deux parties au contrat de franchise doivent convenir de cette prorogation avant l'échéance du terme du contrat initial car, si ce délai est dépassé, il ne s'agirait plus de contrat prorogé, mais d'un nouveau contrat<sup>1081</sup>.

Cependant, contrairement au renouvellement du contrat, la prorogation conduit uniquement au report du terme du contrat initial, cela implique que la loi applicable au contrat reste celle qui présidait lors de la conclusion et que le franchiseur n'est pas tenu de respecter, lors de la prorogation du contrat, l'obligation d'information prévue par le décret n° 91/337 du 4 avril 1991<sup>1082</sup>. Néanmoins, l'effet de cette prorogation à l'égard des tiers reste cependant

---

<sup>1077</sup> Voir dans ce sens Cass. com. 11 févr. 2003, D. 2003, p.2304, note H. Kenfack.

<sup>1078</sup> Voir dans ce sens Cass. com., 11 février 1997, *Bull. civ.* IV n° 46.

<sup>1079</sup> Voir dans ce sens CA Aix-en-Provence, 26 mai 2004, *Juris-Data*, n°261120.

<sup>1080</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 472.

<sup>1081</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 29 novembre 2007, *Juris-Data*, n°353808.

<sup>1082</sup> *Ibid.*

plus délicat à appréhender : il suffit d'envisager le cas de la caution dont le contrat principal garanti a été prorogé<sup>1083</sup>. Même si la jurisprudence hésite sur cette question<sup>1084</sup>, il ressort néanmoins d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 3 avril 2002, que « *la prorogation-conformément aux dispositions prévues par l'article 2316 du Code civil, n'emporte pas décharge de la caution consentie en garantie de l'exécution du contrat de franchise initial* »<sup>1085</sup>.

Il s'avère donc enfin que la règle qui prime est celle de la liberté contractuelle. Le franchiseur et le franchisé sont donc libres de s'engager dans leurs relations contractuelles, comme ils sont aussi libres de se désengager. A l'arrivée du terme du contrat, aucune de ces deux parties ne saurait prétendre avoir droit au renouvellement du contrat, sauf stipulation contraire. Ainsi, aucune partie ne saurait être contrainte à garder son contrat au-delà de son terme initial. Le franchiseur peut alors mettre fin au lien contractuel le liant au franchisé par le non renouvellement du contrat arrivé à son échéance. Le franchisé ne saurait prétendre avoir droit à une indemnité pour le dommage qu'il subit du fait du non-renouvellement du contrat par le franchiseur, sauf s'il démontre que ce refus a un caractère abusif. En dehors de l'expiration du contrat liée à sa durée déterminée, le contrat de franchise peut aussi prendre fin par la résiliation (**Sous-Paragraphe 2**) ?

### ***Sous-Paragraphe 2 : La résiliation :***

Quand le franchiseur et le franchisé s'engagent dans le cadre d'un contrat de franchise à durée indéterminée, la résiliation unilatérale constitue le mode normale d'extinction des relations contractuelles entre les deux parties (**A**). Il convient de signaler néanmoins qu'en dehors de toute durée du contrat de franchise, les deux parties au contrat de franchise peuvent de manière autonome aménager à l'amiable la disparition de leur lien contractuel, que celui-ci soit à durée indéterminée ou à durée déterminée, en résiliant bilatéralement le contrat avant même qu'il arrive à son terme (**B**).

---

<sup>1083</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 476.

<sup>1084</sup> A. Benabent, « La prolongation du contrat », *op. cit.*, p. 120.

<sup>1085</sup> Cass. com., 3 avril 2002, *RJDA*, oct. 2002, n° 1085.

## A- La résiliation unilatérale du contrat de franchise :

Dans le cadre d'une résiliation unilatérale, le contrat de franchise est généralement conclu pour une durée déterminée<sup>1086</sup>. Mais, cela n'implique pas forcément que ces contrats ne peuvent pas être conclus sans durée<sup>1087</sup>. Le droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée s'explique par le fait que les engagements perpétuels sont prohibés et par la théorie de la concurrence. Ainsi, selon M. Behar-Touchais et G. Virassamy : « *cette théorie de la concurrence fournit aujourd'hui une justification supplémentaire à la prohibition des engagements perpétuels : un tel engagement constitue en effet une formidable barrière à l'entrée sur le marché qui empêche les agents économiques qui seraient en mesure de devenir des contractants de se porter candidats à une relation contractuelle en raison de l'indissolubilité des liens préexistants. La rente de situation dont bénéficient ainsi les contractants ayant pénétré antérieurement sur le marché est un facteur très important d'inefficacité économique* »<sup>1088</sup>.

De plus, l'indétermination de la durée du contrat peut transformer la force obligatoire du contrat en un véritable « esclavage conventionnel »<sup>1089</sup>, puisque « *si le principe de la force obligatoire du contrat doit être respecté par les parties, ce principe doit, en revanche, se concilier avec un autre principe fondamental qui ne permet pas d'engager ses services pour toute sa vie ou pour une entreprise non déterminée* »<sup>1090</sup>.

Ainsi, le franchiseur et le franchisé peuvent décider librement de ne pas déterminer un terme extinctif de leur rapport contractuel et conclure un contrat qui ne sera pas limité dans le temps. Cela peut se réaliser de manière effective soit parce que les deux parties au contrat de franchise désirent, dès le départ, établir un long rapport contractuel, dont la durée ne peut être fixée de manière précise, lors de la signature du contrat, soit parce qu'elles ont préférés

---

<sup>1086</sup> R. Baldi, « Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire », *Bruylant*, 1988, p.141 ; D. Ferrier, « Droit de la distribution », *Litec*, 4<sup>e</sup> édition, 2006, n° 709, p.316, et s.

<sup>1087</sup> Voir dans ce sens CA Paris, 2 avril 2003, *Juris-Data*, n° 2003-211259.

<sup>1088</sup> M. Behar-Touchais et G. Virassamy, « Les contrats de la distribution », *LGDJ*, 1999, n° 332, p. 151.

<sup>1089</sup> C. Ruet, « La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive », th., Paris XI, 1995, n°2,

<sup>1090</sup> J. Guynot, « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel », sous la dir. P. Durand, *LGDJ*, 1964, p.235, et spéc., p. 236.



prolonger le contrat initial les liant au-delà de la date d'échéance pour laquelle il a été stipulé sans pour autant fixer un terme.

Il faut souligner néanmoins qu'un contrat de franchise conclu sans durée limitée doit être soumis au principe de la résiliation unilatérale du contrat<sup>1091</sup>. Les deux parties engagées dans le cadre d'un contrat de franchise à durée indéterminée peuvent alors rompre leur contrat de manière unilatérale<sup>1092</sup>, et ceux à chaque fois qu'ils jugent opportun de dissoudre le rapport qu'ils avaient noué<sup>1093</sup>.

Chacune des deux parties peut ainsi résilier le contrat de manière unilatérale<sup>1094</sup>, sous réserve néanmoins de ne pas en abuser de ce droit<sup>1095</sup> et de respecter un délai de préavis<sup>1096</sup>. Le délai de préavis devant donc être respecté en cas de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée et peut être défini contractuellement<sup>1097</sup>. L'abus « *se résume au comportement incivil d'un contractant envers l'autre, indépendamment du point de savoir si les prestations promises sont utilement fournies ou non* »<sup>1098</sup> et s'apprécie de manière stricte et l'intérêt commun des parties ne peut être invoqué.

Ainsi, il a été jugé aux termes d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation-en matière de contrat de concession-le 6 mai 2002, conformément au double visa des articles 1134 et 1147 du Code civil que : « *le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vu de sa reconversion* »<sup>1099</sup>. Alors que la Cour d'appel avait considéré au contraire que les concessionnaires devaient pouvoir quitter le réseau avec : « *le fruit de leur participation à l'effort commun* ». Cette solution qui est transposable à tous les contrats de la distribution et notamment aux contrats de franchise,

---

<sup>1091</sup> F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », Droit et patrimoine, 2000, n° 78, p. 60.

<sup>1092</sup> V. sur la question, A. Cermolacce, « Durée dans les contrats », *J.-Cl. Distribution, Fasc. 70*, 2007, n° 105 et s.

<sup>1093</sup> D. Legeais, « Franchise », *J.-Cl. Commercial*, 2001, fasc. 333, n° 66, p. 18.

<sup>1094</sup> J. Mestre, « Résiliation unilatérale et non -renouvellement dans les contrats de distribution, in La cessation des relations contractuelles d'affaires », *PUAM*, 1997, p.13, et spéc., p.19.

<sup>1095</sup> Voir dans ce sens CA Dijon, 15 novembre 2007, *Juris-Data*, n° 2007-355669.

<sup>1096</sup> C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Paris, le 24 mai 2005, *Juris-Data*, n° 280393.

<sup>1097</sup> Voir dans ce sens l'Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 12 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 86, *Juris-Data*, n° 023745.

<sup>1098</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'abus dans le contrat », th. *LGDJ*, 2000, préface. R.Bout, n°273, p.237.

<sup>1099</sup> Cass. com., 6 mai 2002, *JCPG* 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck.

implique qu'aucune obligation d'assistance en vue de la reconversion du franchisé en fin de contrat de franchise ne peut être mise à la charge du franchiseur.

Toutefois, la jurisprudence va pencher vers la confirmation de la portée de ce droit de résiliation unilatérale. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 6 novembre 2007<sup>1100</sup> et d'une décision du Conseil constitutionnel qui a décidé dans sa décision du 9 novembre 1999, de donner une valeur constitutionnelle à ce droit : « [...] si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du contractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant, toutefois, être garanties »<sup>1101</sup>.

Par ailleurs, ce même Conseil constitutionnel a indiqué les limites relatives à cette liberté de rompre de manière unilatérale, il précise en effet que doivent être garanties : « l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture »<sup>1102</sup>. Ainsi, le Conseil constitutionnel a suivi la Cour de cassation, qui sanctionne l'abus de droit de résiliation unilatérale<sup>1103</sup>. Les deux parties au contrat de franchise doivent donc respecter un délai de préavis suffisant, quand elles veulent résilier le contrat conclu sans terme, sinon leur résiliation sera considérée comme étant une résiliation brutale, ce qui pourra engager leur responsabilité délictuelle conformément aux dispositions de l'article L. 442 6 du Code de commerce<sup>1104</sup>. Si c'est le cas, elles seront condamnées au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice subi.

De son côté, la doctrine considère que ce droit de résiliation unilatérale qui est un droit potestatif<sup>1105</sup>, a « un caractère d'ordre public et se justifie par le principe de la

---

<sup>1100</sup> Cass. com., 6 nov. 2007, pourvois n° 07-10.620 et 07-10.785, *Juris-Data*, n° 041276.

<sup>1101</sup> Cons. const., 9 novembre 1999, décis. n° 99-419 DC, §61, *JO* 16 novembre 1999, p.16962, ;, *RTD civ.*, 2000, p. 109, note J. Mestre et B. Fages.

<sup>1102</sup> Cons. const. 9 nov. 1999, déc. n° 99-419 DC précitée, § 61.

<sup>1103</sup> V. not., Cass. civ. 1ère, 5 févr. 1985, *Bull. civ.* I, n° 54.

<sup>1104</sup> S. Regnault, « Guide de la rupture des relations commerciales établies », *RLDC*, 2008, n° 45, p.75.

<sup>1105</sup> Ce droit potestatif a été défini comme étant « le pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position de totale sujétion, puisse y faire obstacle ». J. Rochfeld, « Les

*prohibition des engagements perpétuels* »<sup>1106</sup> et les parties ne peuvent y déroger par une stipulation contraire<sup>1107</sup>. Cette liberté contractuelle est conçue comme étant « *l'âme du contrat* »<sup>1108</sup> et se justifie par la prohibition des engagements perpétuels et ne s'applique donc pas aux contrats à durée déterminée, la force obligatoire de celui-ci imposant sa survie jusqu'à l'arrivée du terme extinctif<sup>1109</sup>. Mais, si, par principe, le franchiseur et le franchisé sont tenus de respecter un délai de préavis avant de procéder à la résiliation unilatérale de leur contrat, ceux-ci sont, en revanche, dispensée d'une telle obligation dans le cas où il y a une faute grave commis par l'une ou l'autre des deux parties au contrat de franchise ou en cas de force majeure<sup>1110</sup>. Mais, serait-il de même en matière de résiliation bilatérale ou amiable (B) ?

### **B- La résiliation bilatérale ou amiable du contrat de franchise :**

La résiliation bilatérale ou amiable implique qu'en vertu du principe de la liberté contractuelle, les deux parties au contrat de franchise peuvent convenir de résilier bilatéralement leur rapport contractuel sans pour autant qu'ils soient tenus d'attendre le terme extinctif qu'elles ont auparavant déterminée. Pour cela, il leur suffit de conclure un accord dit *mutuus dissensus*<sup>1111</sup> ayant pour objet de faire disparaître le contrat de franchise initial. Cet accord est désigné par la pratique de « *révocation amiable* »<sup>1112</sup> ou encore de « *résiliation amiable* »<sup>1113</sup>.

Mais, le *mutuus dissensus* qui est une convention révocatoire autonome<sup>1114</sup> exige qu'un consentement soit échangé entre le franchiseur et le franchisé quant à leur volonté de révoquer leur contrat de franchise initial. Ainsi, « *seul l'échange des consentements suffit*

---

droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, 747, et spécialement n° 3, p. 748.

<sup>1106</sup> J. Azema, « La durée des contrats successifs », *LGDJ*, préface R. Nerson, n°192, p.153.

<sup>1107</sup> D. Mazeaud, « Durées et ruptures », *RDC*, 2004, p. 129, n° 2.

<sup>1108</sup> G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat : Rapport français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons Franco-Anglaises* », sous la dir. D. Tallon et D. Harris, *LGDJ*, 1987, p. 28, n° 2.

<sup>1109</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 497.

<sup>1110</sup> S. Regnault, « Guide de la rupture des relations commerciales établies », *op. cit.*, n° 45, p.75.

<sup>1111</sup> R. Vatinet, « *Le mutuus dissensus* », *RTD civ.*1987, p.252.

<sup>1112</sup> E. Putman, « La révocation amiable, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires* », *op. cit.*, p. 125.

<sup>1113</sup> J. Mazeaud et F. Chabas, « *Leçons de droit civil, Les obligations* », t. II, 9<sup>ème</sup> édition, 1998, Montchrestien, n°722, p.846.

<sup>1114</sup> R. Vatinet, « *Le mutuus dissensus* », *op. cit.*, p.252.

*pour que cette convention extinctive voie le jour* »<sup>1115</sup>. En effet, le principe est que le contrat ne s'éteint pas par désuétude<sup>1116</sup>, ce qui signifie qu'en l'absence d'une manifestation de la part des parties de dénoncer leur contrat initial, l'inactivité prolongée par l'une ou l'autre ne présume pas la résiliation du contrat<sup>1117</sup>.

Ce *mutuus dissensus*, qui ne porte pas atteinte au principe de la force obligatoire du contrat, permet donc au franchiseur et au franchisé d'avoir un bon moyen pour sortir de leur lien contractuel<sup>1118</sup>, puisque selon Gautier : « *ce sont les parties, adultes et raisonnables, qui décident ensemble, à l'instar d'époux bien sages, de mettre fin à leur liaison par un consentement mutuel* »<sup>1119</sup>. C'est ce qui pense également J. Mestre qui a remarqué que : « *lorsque les parties procèdent à une résiliation amiable, elles défont d'un commun accord ce qu'elles avaient initialement construit ensemble, et pratiquent une sorte de prorogation à rebours, en anticipant le terme convenu et donc en réduisant la durée de leur accord, se privant donc désormais chacune du droit d'invoquer l'avenir. Ainsi, par cet anéantissement immédiat du lien contractuel, la résiliation amiable se distingue clairement d'une résolution judiciaire, dans laquelle le contractant victime qui l'obtient est en droit d'obtenir des dommages –intérêts pour le préjudice qu'il subit du fait de la rupture anticipée, ainsi que d'une résiliation unilatérale puisque, du moins dans le cas où celle-ci ne peut être justifiée par son auteur, l'auteur partie pourra pareillement prétendre à une indemnité en faisant valoir que le contrat aurait dû aller à son terme* »<sup>1120</sup>.

Cependant, un tel accord, « *n'est soumis à aucune condition de forme, peut être tacite et résulter des circonstances dont l'appréciation appartient aux juges du fond* »<sup>1121</sup> et il ne contrevient pas à la force obligatoire du contrat. Il n'y porte aucune atteinte, mais tout au contraire, elle repose elle-même sur le même pouvoir conféré aux volontés individuelles qui a permis le contrat initial : ce que deux personnes ont fait d'un commun accord, elles sont libres,

---

<sup>1115</sup> C. Delforge, « *L'unilatéralisme et la fin du contrat, in la fin du contrat, Formation permanente CUP* », 2001, n° 17, p.25.

<sup>1116</sup> E. Putman, « *La révocation amiable, in La cessation des relations contractuelles d'affaires* », *op.cit.*, p.129.

<sup>1117</sup> *Ibid.*

<sup>1118</sup> C'est ce que résume P.-Y.Gauthier, « *Rapport de synthèse* », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires* », *PUAM*, 1997, p. 215, et spéc., n° 8, p. 221, et s., par son expression : « *pas de juge, pas d'avocat, on se serre virilement la main et on se dit adieu camarade* ».

<sup>1119</sup> *Ibid.*

<sup>1120</sup> J. Mestre, obs. sous Cass. com., 1<sup>er</sup> février 1994, *RTD civ.*, 1994, p. 356.

<sup>1121</sup> Cass. com., 13 févr. 2001, pourvoi n° 98-16.397.

sauf exception, de le défaire de la même manière. C'est ce que l'on nomme habituellement le *mutuus dissensus*, et qu'il serait peut-être plus exact d'appeler le *contrarius consensus* »<sup>1122</sup>. L'article 1134 al.2 du Code civil qui prévoit que : « *les conventions ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* »<sup>1123</sup>. Cet article reconnaît donc aux parties le droit de se défaire d'un commun accord de ce qu'elles ont précédemment voulu.

En effet, ce que le franchiseur et le franchisé ont fait par leur accord mutuel, ils peuvent le défaire par leur volonté commune. « *Ce que la parole donnée a fait, l'échéance des paroles peut le défaire* »<sup>1124</sup>. Il n'est donc que le corollaire du principe même de la force obligatoire du contrat<sup>1125</sup>. Aussi, si la preuve de l'accord de l'ensemble des parties doit être apportée<sup>1126</sup>, n'est-il pas nécessaire que cette preuve soit écrite ou déduite tacitement de certaines circonstances. C'est ainsi qu'il fut jugé dans un arrêt du 9 septembre 2005<sup>1127</sup>.

Dans cet arrêt, le Tribunal de commerce de Paris a, pour juger qu'un contrat de franchise a été résilié par l'accord tacite des parties, a retenu un faisceau d'indices précis manifestant la volonté commune d'un franchisé et d'un franchiseur de résilier le contrat qui les liait. En l'occurrence, le franchisé avait indiqué au franchiseur son souhait de résilier le contrat et lui demandait sa confirmation par écrit. Faute de réponse de la part du franchiseur, deux autres lettres lui ont été adressées. Dans ces deux lettres, le franchisé proposait au franchiseur la suspension pendant trois mois des redevances de franchise et publicitaire. Et puis audit terme, le franchisé a décidé de ne pas reprendre le paiement de ses redevances, tandis que le franchiseur ne les lui facturait pas, cessant même de lui envoyer les prospectus des produits habituellement commercialisés par le réseau.

Au vu de ces éléments prolongés dans le temps, le Tribunal observe que les parties n'avaient pas sérieusement voulu poursuivre l'exécution de leur contrat. Ainsi, « *cet écrit*

---

<sup>1122</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, « Les obligations, L'acte juridique », 12<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2006, n° 379, p.317.

<sup>1123</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 1134 al.2 du Code civil.

<sup>1124</sup> E. Putman, « La révocation amiable, in La cessation des relations contractuelles d'affaires », *op.cit.*, p.125.

<sup>1125</sup> Voir sur cette question, Y. Picod, « Contrats et obligations », « Effet obligatoire des conventions - Exécution de bonne foi des conventions », Civil Code, art. 1134 et 1135, *Fasc. unique*, § 26 et s.

<sup>1126</sup> Cass. com., 18 juin 1996, pourvoi n° 94-17.072.

<sup>1127</sup> TC Paris, 9 septembre 2005, *RG*, n° 2004/004816.

*permettra d'être pleinement rassuré sur la volonté claire et certaine des deux partenaires de cesser leur courant d'affaires « ... », ainsi assuré que tout est bien fini et [ et qu'ils ] pourront « convoler » ailleurs, en justes noces contractuelles »<sup>1128</sup>.*

Par ailleurs, cet accord entraîne l'anéantissement du contrat de franchise qui ne sera plus en mesure de produire de nouvelles obligations à la charge du franchiseur et du franchisé. Les liens contractuels entre les deux parties cessent et chacune d'elles se délie de ses engagements. Néanmoins, cet anéantissement n'est pas rétroactif. Cette résiliation amiable supprime le contrat de franchise pour le futur sans pour autant remettre en cause les effets qu'il a pu produire dans le passé et l'objectif recherché par les parties qui font appel au *mutuus dissensus* est celui d'anticiper le terme de leur contrat sans pour autant l'anéantir rétroactivement<sup>1129</sup>.

Néanmoins, cet accord amiable pourrait avoir dans certains cas un effet rétroactif, de manière qu'il supprime le contrat de franchise dès son origine. Il en est ainsi lorsque cet accord intervient juste après la conclusion du contrat de franchise et avant sa mise en application (les parties seront remises à la situation dans laquelle elles se trouvaient auparavant). Il empêche également toute sorte de demande indemnitaire fondée sur l'inexécution du contrat de franchise pour la période ultérieure au *mutuus dissensus* et aucune action en responsabilité contractuelle basée sur le contrat initial ne peut être intentée du fait de la résiliation bilatérale du contrat de franchise<sup>1130</sup>.

Il s'avère donc de tout ce qui précède que la résiliation qu'elle soit unilatérale ou bilatérale est un acte extinctif qui abroge le contrat de franchise, qui à son tour cesse de produire ses effets. Ainsi, le contrat ne crée plus de nouvelles obligations à la charge des deux parties au contrat de franchise, à savoir le franchiseur et le franchisé qui s'affranchissent désormais de leurs obligations, sauf pour celles qui sont nécessaires et indispensable avant l'intervention de la résiliation du contrat de franchise et qui ne sont pas encore exécutées ou

---

<sup>1128</sup> P.-Y. Gautier, « Rapport de synthèse, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, sous la dir. J. Mestre », *PUAM*, 1997, p.215, et spéc., n° 8, p.222.

<sup>1129</sup> J. Mestre, obs. sous Cass. com., 1<sup>er</sup> février 1994, *op. cit.*, p.356.

<sup>1130</sup> Il faut souligner néanmoins qu'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon, le 22 mai 2003, *Juris-data*, n° 2003-212752, a accordé aux parties la faculté d'intenter une action en responsabilité contractuelle pour les fautes commises avant la résiliation bilatérale du contrat.

pour les obligations post-contractuelles qui prennent effet lors de l'extinction du contrat de franchise (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe II : Les effets de l'extinction du contrat de franchise.**

Si la rupture ou l'extinction du contrat de franchise a pour principale conséquence l'affranchissement du franchiseur et du franchisé de leurs obligations, cela ne signifie nullement qu'ils sont déchargés l'un envers l'autre de toute obligation. Dans ce cadre, des obligations post-contractuelles vont apparaître lors de l'extinction du contrat de franchise, dont certaines sont destinées à régir leur rapport après que le contrat arrive à son terme. D'autres obligations ne sont néanmoins que la suite de l'extinction du lien contractuel qui lie les deux parties au contrat de franchise. La nature et l'objet de ces obligations se différencie selon qu'elles sont mises à la charge du franchisé (**Sous-Paragraphe 1**), ou du franchiseur (**Sous-Paragraphe 2**).

#### ***Sous-Paragraphe 1- Les obligations post-contractuelles du franchisé***

Ces obligations post-contractuelles du franchisé, qu'elles découlent de plein droit de la fin des liens contractuels ou soient prévues par le contrat lui-même, ne sont que la suite logique de la cessation des relations contractuelles et de l'extinction du contrat de franchise. Dans ce cadre, des clauses post-contractuelles comme la clause interdisant au franchisé d'utiliser le savoir faire (**A**) ou encore la clause de non-concurrence et de non-réaffiliation (**B**), sont souvent insérées dans le contrat de franchise. Le franchisé est également tenu de restituer au franchiseur les biens matériels et immatériels fournis par le responsable du réseau de franchise pendant la période d'exécution du contrat de franchise (**C**).

### ***A- La clause de secret sur le savoir faire post-contractuelle<sup>1131</sup> :***

Comme on l'a déjà exposé<sup>1132</sup>, pour bien assurer la protection de leurs savoir faire, les franchiseurs n'hésitent pas à insérer dans les contrats de franchise qui les lient au franchisé, une clause de secret tant durant la phase des négociations que pendant et après l'exécution du contrat de franchise<sup>1133</sup>. Cette clause de secret post-contractuelle impose au franchisé de ne pas dévoiler les informations relatives au savoir-faire du franchiseur acquises lors de l'exécution du contrat, à quiconque après l'extinction de celui-ci. C'est pourquoi les franchiseurs tiennent à ce que ce genre de clause soit inséré dans leurs contrats<sup>1134</sup>. Le plus souvent, ce genre de clause n'est pas limité dans le temps, puisque sa durée est intimement liée à l'utilité qu'elle présente pour le franchiseur.

En d'autres termes, le franchisé se trouve tenu après l'extinction du contrat autant que le savoir-faire demeure secret, puisque « *c'est la nature du contrat et de l'information objet de la confidentialité qui déterminera la durée de l'accord de confidentialité. Une information purement commerciale deviendrait souvent vite obsolète, alors qu'une information scientifique ou technologique peut mériter une protection à très long terme. Dans certains cas, 6 mois suffiront ; dans d'autres, les parties souhaiteront un engagement pour 15 ans ou plus* »<sup>1135</sup>. Néanmoins, cette clause de secret peut dans certains cas être limitée dans le temps<sup>1136</sup> et sa stipulation dans des contrats de franchise est admise<sup>1137</sup>.

---

<sup>1131</sup> Cette clause est appelée ainsi par beaucoup d'auteurs, comme par exemple B. Fages, « Les clauses de secret », *JCP G*, 1998, II, 100000 ; ou encore M. Vivant, « Les clauses de secret », in Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels, *PUAM*, 1990, p.101.

<sup>1132</sup> Voir la partie de note étude consacrée à l'obligation du franchisé relative au fait de garder secret tous les éléments du savoir faire dans le cadre de l'exécution du contrat.

<sup>1133</sup> Voir notamment J.-M. Mousseron, « Secret et contrat (De la fin de l'un à la fin de l'autre) », in *Mélanges J. Foyer*, *PUF*, 1997, p.258.

<sup>1134</sup> Voir dans ce sens F.-X. Testu, « Secret et relations d'affaires, La confidentialité conventionnelle », *Droit et Patrimoine*, 2002, n° 102, p.81.

<sup>1135</sup> M. Buhler, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAI*/ 2002, n° 3/ 4, p.359, et spéc., p.371.

<sup>1136</sup> M.-E. Andre, M.-P. Dumont, et Ph. Grignon, « L'après contrat », *Ed.*, Francis Lefebvre, 2005, n° 152, p.122 : C'est le cas par exemple de la clause qui dispose que « *le franchisé s'engage pour la durée du présent contrat et pour une durée de cinq ans après sa fin, quel que soit son mode de rupture, à ne pas communiquer, divulguer ou exploiter pour lui-même en dehors du réseau, ou pour le bénéfice d'un tiers, personne physique ou personne morale, toute information, connaissance ou savoir-faire confidentiels concernant le système d'exploitation de la franchise, objet du présent contrat* ».

<sup>1137</sup> Voir par exemple dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 2 avril 1979, *RTD civ.* 1979, p.812, obs. G. Cornu : la Cour a considéré que : « *dès lors que le procédé susceptible de*



Mais, comme la raison d'être de cette clause est liée à l'intérêt que trouve le franchiseur au secret du savoir-faire, cela implique que dès lors que les informations secrètes sur le savoir-faire tombent dans le domaine public, la clause de secret perd sa légitimité, voire même son objet<sup>1138</sup>, puisque c'est logique qu'un secret « *n'existe plus à partir du moment où l'information est partagée* »<sup>1139</sup> et « *la notion de secret s'efface en présence d'une connaissance à ce point répandue parmi les professionnels qu'elle constituerait un élément du domaine public* »<sup>1140</sup>. « *Une fois dévoilée, l'information secrète est définitivement perdue et ne peut généralement pas être récupérée* »<sup>1141</sup>.

Par ailleurs, cette clause de secret « *donne naissance à un droit personnel : celui d'exiger ou de garder le silence* »<sup>1142</sup>. Ce droit est opposable non seulement au franchisé, mais aussi à toute personne travaillant avec lui, tel que ses salariés, ou de manière globale toute personne ayant eu accès aux informations secrètes sur le savoir faire du franchiseur<sup>1143</sup>. Ainsi, en cas de violation de cette obligation de secret, le franchisé qui est lié par une obligation de ne pas faire, engagera sa responsabilité contractuelle, puisque cette violation est « *une sorte de délit instantané* ». *La cessation du trouble n'est même plus possible. Le débiteur ne peut ni ravalier ses paroles ni effacer ses écrits lorsque des tiers s'en sont saisis* »<sup>1144</sup>.

Mais, pour faire condamner le franchisé à verser des dommages et intérêts, le franchiseur doit démontrer par tous les moyens<sup>1145</sup> que les informations dévoilées relatives à

---

*protection n'est pas tombé dans le domaine public, il peut faire l'objet d'une clause de confidentialité. Elle a, dans cet arrêt, admis la validité de la clause de confidentialité illimitée pesant sur un franchisé dès lors qu'elle n'empêche pas le franchisé d'exercer son activité* ».

<sup>1138</sup> A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA*, 07 août 2006, n° 156, p.4, et spéc., n° 2.

<sup>1139</sup> *Ibid.*

<sup>1140</sup> *Ibid.*

<sup>1141</sup> E. Gastinel, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles : obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, *PUAM* 1997, p197, spéc., p.209.

<sup>1142</sup> A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *op. cit.*, n° 156, p.4, et spéc., n° 2.

<sup>1143</sup> M. Buhler, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *op. cit.*, n° 3/ 4, p.359 et spéc., p.369 et s.

<sup>1144</sup> A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *op. cit.*, n° 156, p.4.

<sup>1145</sup> Il faut souligner que face à la difficulté de rapporter la preuve de l'imputabilité de la divulgation au franchisé, certains auteurs proposent d'établir une présomption à la charge du confident, c'est le cas par exemple de B. Fages, note sous CA Paris 14 février 1997, *JCP G*, 1998, II, 100000.

son savoir faire ont pour origine le manquement du franchisé à son obligation de secret. Le contrat de franchise peut également prévoir une clause pénale qui fixe forfaitairement le montant des dommages et intérêts résultant de la violation de cette clause de secret. Ce montant peut être modifié par le juge, conformément aux dispositions de l'article 1152 du Code civil<sup>1146</sup>, s'il estime qu'il est manifestement excessif ou dérisoire<sup>1147</sup>. Mais, serait-il de même en matière de clause de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelle (B) ?

### **B- La clause de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelle:**

Par la clause de non-concurrence, le franchisé s'interdit d'exercer une activité similaire<sup>1148</sup> à celle pratiquée dans le réseau de franchise qu'il quitte. , dans des limites : de temps et de lieu définies; il est ainsi fait obstacle à la poursuite par l'ancien franchisé de l'exploitation du savoir-faire de façon considérablement plus efficace qu'au moyen de la clause d'interdiction d'utilisation du savoir-faire. En effet, pendant le délai de l'interdiction de concurrence, le savoir-faire a en principe considérablement évolué<sup>1149</sup>.

C'est la jurisprudence qui a réaffirmé la légalité d'une telle clause, tout en admettant qu'elle doit s'appliquer en toutes circonstances, y compris si le contrat de franchise a été rompu aux torts exclusifs du responsable du réseau de franchise. Néanmoins, cette clause de non-concurrence doit avoir des limites de temps et de lieu précises et raisonnables<sup>1150</sup> : elle ne doit, en général, pas durer plus de 12 mois, ni dépasser les limites géographiques d'exclusivité territoriale concédé au franchisé. La clause de non-concurrence doit, incontestablement, préserver et sauvegarder le savoir-faire du franchiseur, mais elle ne

---

<sup>1146</sup> L'article 1152 du Code civil prévoit que : « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

<sup>1147</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon, le 22 janvier 2004, *Juris-Data*, n° 2004-23 7515.

<sup>1148</sup> En droit communautaire, l'article 5 du nouveau règlement n° 2790/1999 prévoit que, pour être valable, la clause doit être limitée à des biens ou services en concurrence avec les biens ou services contractuels.

<sup>1149</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 552.

<sup>1150</sup> Néanmoins, une clause limitée dans le temps et l'espace dans un contrat de franchise peut ne pas être proportionnée par rapport à l'objet du contrat : *Cass. com.*, 12 mars 2002, *Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas* : *Juris-Data* n° 2002-013658).

doit pas pour autant empêcher le candidat franchisé d'exercer son activité en toute liberté et de restreindre ses dépenses liées à son accession à un réseau de franchise.

Ainsi, dans la plupart des cas, le contrat de franchise renferme une clause de non-concurrence applicable pendant toute la durée du contrat de franchise et destinée à préserver le savoir-faire du franchiseur. Le manquement à cette obligation par le franchisé engage sa responsabilité contractuelle. Ainsi, la validité de ce genre de clause est soumise à la condition que cette clause soit limitée dans l'espace et dans le temps et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes<sup>1151</sup> du responsable du réseau de franchise au regard de l'objet du contrat de franchise<sup>1152</sup>.

Dans ce cadre, les juges retiennent que : « *la clause interdisant au franchisé d'exercer, même de manière indépendante, une activité commerciale concurrente dans le local concerné est proportionnée à la protection des intérêts visés par cette stipulation, tel que le savoir-faire* »<sup>1153</sup>. Dans le même sens, le Conseil de la concurrence a aussi énoncé que ces clauses peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise, dans la mesure où « *elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé* »<sup>1154</sup>.

En outre, certains auteurs sont favorables à l'insertion dans les contrats de franchise d'une telle clause, puisque selon eux, ça permet de garantir au responsable du réseau de franchise que son ancien franchisé ne continue pas, après la cessation des liens contractuels, à

---

<sup>1151</sup> Il faut souligner que depuis l'arrêt rendu en matière de beaux commerciaux par la 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, le 27 mars 2002, *JCP G* 2002, II, 10112, obs. F. Auque, qu' : « *outre l'exigence de l'existence d'un intérêt légitime que vise la clause de non-concurrence, celle-ci doit être proportionnelle à cet intérêt* » et que « *le seul intérêt légitime qui justifie donc aujourd'hui la stipulation d'une clause de non-concurrence en matière de contrat de franchise, c'est la protection du savoir-faire du franchiseur* ». Voir aussi Ph. Delebecque, « La jurisprudence reconnaît au franchisé le bénéfice de la législation sur le fonds de commerce », *Lamy Droit commercial*, Bulletin d'actualité, septembre 2002, n°147, p. 1.

<sup>1152</sup> M.-E. Andre, M.-P. Dumont, et Ph. Grignon, « L'après-contrat », *Francis Lefebvre*, 2005, n°185, p.152, et s. ; voir aussi J. Amiel-Donat, « La légitimité de la clause de non-concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 1992, p.1.

<sup>1153</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 24 novembre 2009, n° 08-17.650.

<sup>1154</sup> Décision rendue par le Conseil de la concurrence, le 24 juin 1997, *Juris-Data*, n° 1997-970393.

utiliser les informations et le savoir-faire qu'il a acquis à l'occasion de l'exécution du contrat de franchise »<sup>1155</sup>.

Néanmoins, contrairement à ce courant doctrinal favorable à l'insertion d'une clause de non-concurrence dans un contrat de franchise, un autre courant s'oppose à l'insertion d'une telle clause dans un contrat de franchise, tout en estimant qu'elle n'est pas indispensable pour protéger le savoir-faire du franchiseur et qu'« *on peut objecter que seule la clause de non-concurrence permet d'éviter l'utilisation du savoir-faire du franchiseur par l'ancien franchisé, ou par un concurrent du franchiseur auquel se rallierait désormais l'ancien franchisé. A cela, il convient de répondre tout d'abord que le savoir-faire est en principe « périodiquement recyclé », de sorte que les connaissances maîtrisées par l'ancien franchisé risquent d'être rapidement périmées, et ensuite, en admettant une certaine permanence du savoir-faire transmis, que le danger est peut-être plus grand de voir le franchisé transmettre, inutile pour lui, à un concurrent que de le voir l'utiliser lui-même. La sanction serait plus facile à mettre en œuvre dans le second cas que dans le premier* »<sup>1156</sup>. Ce savoir faire du franchiseur est généralement protégé par une clause de confidentialité et, même en l'absence de clause de non-concurrence, le franchiseur peut agir en concurrence déloyale si l'ancien franchisé continue à utiliser son savoir-faire<sup>1157</sup>.

C'est la jurisprudence qui va trancher la question de la validité des clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de franchise, en admettant la validité de ce genre de clause<sup>1158</sup>. Par ailleurs, cette clause ne peut être efficace et opposable au franchisé, que si elle est formellement et expressément stipulée dans le contrat de franchise<sup>1159</sup>. Dans ce cadre, Y. Auguet considère que : « *la rupture des relations contractuelles laisse les cocontractants libres de tout engagement de ce type. L'employeur, la société, le fournisseur, ne peuvent être*

---

<sup>1155</sup> Voir dans ce sens J.-J. Burst, « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.*1983/1, p.22. Pour un avis inverse, voir D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP* .1977, II, 12441 : il pense que : « *la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle doit être considérée comme illicite et que la seule hypothèse dans laquelle la clause de non-concurrence se trouverait justifiée, serait celle d'une reprise par le franchiseur de l'exploitation du franchisé ; l'obligation de non-concurrence existant de façon générale à la charge du cédant du fonds de commerce jouerait alors à l'encontre du franchisé* ».

<sup>1156</sup>D. Ferrier, « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », *Cah.dr.entr.*1983/1, p.21.

<sup>1157</sup> J. Beauchard, « Droit de la distribution et de la consommation », *PUF*, 1996, p.199.

<sup>1158</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 22 février 2000, *Contrats, cons. consom.*, 2000, *comm.*, n° 92, de L. Leveneur.

<sup>1159</sup> H. Lepage, « La théorie économique de la franchise », *Rev.conc.consom.*1987, n° 28, p.8 et s.

*tenus, à défaut d'une clause expresse fort improbable, de cesser ou de limiter leur activité parce qu'elle se développerait en concurrence avec celle de leur ancien collaborateur. Réciproquement, après l'expiration du contrat de travail, le salarié est libre de se mettre au service d'une entreprise concurrente ou de s'établir à son compte dans une activité économique concurrente de celle de son employeur. L'ancien associé, ayant cédé l'intégralité de ses droits sociaux, n'est tenu d'aucune obligation de non-concurrence, à défaut de stipulation particulière. L'agent commercial est libre de concurrencer son ancien mandant, l'ancien franchisé peut poursuivre une activité concurrente de celle du franchiseur, l'ancien concessionnaire a la liberté de distribuer une marque concurrente »<sup>1160</sup>.*

Par ailleurs, au terme d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 janvier 2008, une clause de non-concurrence post-contractuelle n'est licite que lorsque : *« le savoir-faire du franchiseur existe, le savoir-faire ait été transmis au franchisé, l'interdiction faite au franchisé soit proportionnelle aux intérêts du franchiseur<sup>1161</sup>, qu'il soit établi avec certitude que l'originalité du savoir-faire du franchiseur ait apporté un avantage économique au franchisé et que l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent soit proportionnelle à la sauvegarde des intérêts légitimes du franchiseur »<sup>1162</sup>.*

En outre, la jurisprudence annule ces clauses, lorsqu'elles ne sont pas limitées dans l'espace et dans le temps, de manière à ce que cette interdiction soit proportionnée aux intérêts légitimes du responsable du réseau de franchise. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu récemment par la Cour de cassation, le 3 avril 2012, dans lequel il a été décidé que : *« si le franchisé exerce son activité sur un territoire limité, lui interdire par une clause au contrat de s'affilier à un réseau concurrent sur l'ensemble du territoire métropolitain est disproportionné. Une telle clause risquerait d'être annulée, ce qui permettrait au franchisé de s'affilier à un réseau concurrent où bon lui semble y compris dans la commune où il exerçait au sein du précédent réseau »<sup>1163</sup>.*

---

<sup>1160</sup> Y. Auguet, « Concurrence et clientèle », *LGDJ*, 2000, préface. Y. Serra, n° 144, p.166.

<sup>1161</sup> La protection de la clientèle n'est plus un intérêt légitime susceptible d'être invoqué par le franchiseur depuis que la jurisprudence a reconnu que cette clientèle appartenait au franchisé à propos du statut des baux commerciaux : *Cass. 3e civ., 27 mars 2002, Trévisan : Bull. civ. 2002, III, n° 77 ; D. 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; JCP G 2002, II, 10112, note F. Auque*).

<sup>1162</sup> Cass. com., 10 janvier 2008, pourvoi n° 07-13558.

<sup>1163</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 3 avril 2012.

Par ailleurs, en cas de violation de cette clause de non-concurrence post-contractuelle, le franchiseur peut obtenir l'exécution forcée contre le franchisé exclu du réseau de franchise<sup>1164</sup>, et ainsi faire cesser la concurrence déloyale et illicite procédée par celui-ci<sup>1165</sup>. Cette violation peut même donner naissance à une procédure de référé<sup>1166</sup> et aboutir au versement de dommages et intérêts<sup>1167</sup>. Dans ce cadre, pour bien inciter le franchisé à respecter son obligation de non-concurrence post-contractuelle et pour éviter d'éventuelle sous évaluation du préjudice, les responsables des réseaux de franchise insère très souvent dans le contrat de franchise une clause pénale qui fixe de manière forfaitaire le montant des dommages et intérêts, dont le franchisé sera obligé de verser à son franchiseur, dans l'hypothèse où il viole cette obligation<sup>1168</sup>. Reste néanmoins que, pour être efficace, le montant fixé par la clause pénale ne doit pas être excessif<sup>1169</sup>.

Mais, comme la finalité recherchée est celle d'empêcher les franchisés de s'affilier à un réseau concurrent, en dévoilant tout leur savoir-faire, les responsables des réseaux de franchise préfèrent aux clauses de non-concurrence post-contractuelles, des clauses de non-réaffiliation<sup>1170</sup>. Par ces clauses, le franchisé s'engage à ne pas s'affilier à un réseau concurrent du réseau qu'il quitte, dans des limites de temps et de lieu définies; si cette clause n'est pas associée à une clause de non concurrence proprement dite, le franchisé conserve le droit d'exercer une activité similaire à celle qui était la sienne durant la période d'exécution du contrat.

---

<sup>1164</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 11 mai 2006, *Juris-Data*, 2006 313422.

<sup>1165</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1993, *LPA*, 18 octobre 1993, n°125 p.12, note. O. Gast.

<sup>1166</sup> B. Melin-Soucramanien, « Le juge des référés et le contrat », *PAUM*, 2000, préface J. Mestre : Le franchiseur, qui s'estime victime d'une concurrence déloyale et illicite de la part de son ancien franchisé, peut faire appel au juge des référés et lui demander de prescrire des mesures, conformément aux dispositions des articles 809 et 873 du CPC, pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite causée par la concurrence faite par l'ancien franchisé. Il peut aussi demander la condamnation du franchisé défaillant à des dommages et intérêts.

<sup>1167</sup> Cass. com., 20 juin 2006, Pourvoi n° 04-14. 663 : « *Le franchiseur est tenu néanmoins de rapporter la preuve du manquement de son ancien franchisé à son obligation de non-concurrence. A défaut de cette preuve, son action sera rejetée* ».

<sup>1168</sup> Voir notamment M. Malaurie-Vignal, « Clause de non-concurrence- sanction », *J- Cl. Contrats de distribution*, 2000, *fasc.125*, n°45.

<sup>1169</sup> Il faut souligner que selon les dispositions prévues par l'article 1152 du code civil, le juge peut intervenir pour minorer ou augmenter la peine, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

<sup>1170</sup> M. Depince, « La clause de non-réaffiliation », *Dr et patr.* 2007, n°155.

Cette clause permet aussi d'éviter que l'ancien franchisé, devenu membre d'un réseau concurrent, ne divulgue le savoir-faire à l'intérieur de ce réseau; en effet, s'il est en règle générale contractuellement prévu une obligation de confidentialité post-contractuelle à la charge du franchisé, une telle obligation ne peut garantir le franchiseur initial contre une diffusion discrète de son savoir-faire à l'intérieur d'un réseau concurrent<sup>1171</sup>.

Ainsi, cette clause de non-réaffiliation post-contractuelle permet d'assurer une protection au savoir faire du franchiseur, puisqu' un ex-franchisé hors de toute structure, ne disposera pas de moyens nécessaires pour maintenir compétitif le savoir-faire qui lui aura été transmis au cours de son contrat de franchise, lequel deviendra vite obsolète. En revanche, ce savoir-faire ou cette image de marque pourra être plus facilement récupéré et être retraité par un réseau concurrent qui, lui, disposera des moyens de le faire évoluer et de lui conserver son caractère d'avantage concurrentiel. Ainsi, pour un ancien franchisé Jacques Dessange, le danger ne vient pas de la transformation de son ex-franchisé en « *Ginette Coiffure* », mais de l'ouverture d'un salon de coiffure « *Jean Louis David* »<sup>1172</sup>.

Ainsi, dans son arrêt du 17 juin 2008, la Cour d'appel d'Angers a eu l'occasion de se prononcer sur la portée d'une telle clause. Dans cette affaire, le franchisé, après avoir demandé la résiliation du contrat de franchise au sein duquel était prévue une clause de non-réaffiliation, procédait à la commercialisation de produits d'un franchiseur concurrent mais sans y apposer l'enseigne de ce dernier. Il considérait donc ne pas avoir violé la clause, cette dernière interdisant, selon lui, uniquement l'utilisation d'une enseigne concurrente et des signes de ralliement au réseau concurrent. La Cour précise alors que : « *la clause de non-réaffiliation imposée en cas de cessation de la franchise, claire et précise, ne souffre aucune interprétation ; que les deux interdictions, indépendantes l'une de l'autre, sont cumulatives et que retenir le contraire ajoute au texte des restrictions qu'il ne comporte pas* »<sup>1173</sup>.

En ce qui concerne les conditions de validité de cette clause, la jurisprudence admet sa validité, dès lors qu'elle se trouve limitée dans le temps et dans l'espace. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 17

---

<sup>1171</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 552.

<sup>1172</sup> M. Depince, « La clause de non-réaffiliation », *op. cit.*, n°155.

<sup>1173</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel d'Angers, le 17 juin 2008, *Juris-Data*, 2008-369035.

janvier 2006, aux termes duquel : « *l'article 3, paragraphe 1 c) du règlement CE n° 4087/88 de la Commission (...) permet d'imposer au franchisé l'obligation de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, dans la mesure où cette obligation est nécessaire pour protéger des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé ; qu'ayant retenu que la clause de non-réaffiliation n'interdisait pas la poursuite d'une activité commerciale identique et se trouvait limitée dans le temps et dans l'espace, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a constaté que la décision arbitrale était motivée, a retenu que cette clause ne violait aucune règle d'ordre public* »<sup>1174</sup>.

La jurisprudence considère que ces clauses de non-réaffiliation doivent être soumises au même régime que des clauses de non-concurrence. Elle affirme que, pour être valables, les clauses de non-réaffiliation doivent être non seulement limitées dans le temps et dans l'espace et être justifiées par un intérêt légitime, mais aussi qu'elles doivent être proportionnées par rapport à l'intérêt qu'elles visent à protéger<sup>1175</sup>.

En outre, dans un autre arrêt, une Cour d'appel a rappelé les conditions de validité d'une clause de non-réaffiliation. En l'espèce, le contrat précisait qu'en cas de résiliation le franchisé s'obligeait : « à ne pas utiliser durant une période d'une année, toute enseigne concurrente existante qui pourrait lui être proposée par un tiers (...) et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à cette enseigne » ; « en cas de cession de son fonds de commerce ou de toute autre modification de *l'intuitu personae*, le franchisé s'oblige à interdire à tout successeur l'utilisation d'une enseigne concurrente qui pourrait lui être proposée par un tiers pendant une durée d'un an ». Le franchisé dénonçait ladite clause aux motifs que celle-ci ne remplissait pas, selon lui, les conditions d'exemption du règlement CE du 22 décembre 1999 dans la mesure où elle n'apparaissait pas indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur.

---

<sup>1174</sup> Cass. Com. 17 janv. 2006, pourvoi n°03-12.382.

<sup>1175</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 18 décembre 2007, *Juris-Data*, n° 2007-042105.



Dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que : « *le savoir faire étant l'essence même de la franchise, la clause de non-réaffiliation apparaît comme étant le seul moyen d'assurer la protection de ce savoir-faire pour empêcher que des éléments confidentiels ne profitent à un autre réseau sur le territoire où il a exploité la franchise. Qu'ainsi, la clause respectant les conditions de limitation dans le temps et dans l'espace, apparaît indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur. Elle est donc proportionnée aux intérêts à protéger et ne méconnaît pas en conséquence la réglementation communautaire de la concurrence* »<sup>1176</sup>. Dans ce même sens, la Cour de cassation a précisé dans son arrêt rendu le 8 juillet 2008, que : « *le règlement d'exemption se limite à établir les conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et, par conséquent, à la nullité de plein droit prévue par l'article 81, § 2 du Traité CE* »<sup>1177</sup>.

Par ailleurs, une clause de non-réaffiliation qui dissimulerait une clause de non-concurrence ne saurait être valable, dans la mesure où, même si elle répond aux exigences de limitation dans le temps et dans l'espace, elle ne tend pas à la protection d'un savoir faire substantiel, identifié et secret propre au franchiseur<sup>1178</sup>. De plus, dans son arrêt du 23 septembre 2009, la Cour d'appel de Paris a annulé les clauses de non-affiliation liant un distributeur alimentaire, à ses franchisés. Cette clause prévoyait que durant l'année suivant l'expiration du contrat, un ex-franchisé ne pouvait « *représenter, s'affilier, adhérer, participer directement ou indirectement et, d'une manière générale, se lier à toute société (...) d'achat ou de vente d'articles concurrents, ce dans toute la zone qui lui avait été contractuellement réservée* »<sup>1179</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel s'est basé sur le principe que dans ce genre de secteur d'activité, un franchisé n'a pas d'option alternative. La concentration des distributeurs et l'impossibilité pour un commerçant indépendant d'être concurrentiel s'il ne

---

<sup>1176</sup> CA Angers, 17 juin 2008, RG n° 07/02547.

<sup>1177</sup> Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 8 juillet 2008, dans son pourvoi n° 07-20385.

<sup>1178</sup> CA Caen, 15 janvier 2009, RG n° 07/03687 : « En l'espèce, la clause litigieuse n'avait en réalité pour but que de dissuader le franchisé de résilier le contrat par anticipation et de rendre plus difficile la pénétration du marché par les enseignes concurrentes. La Cour d'appel, considérant que la clause litigieuse portait une atteinte illégitime au libre jeu de la concurrence, l'a déclarée nulle ».

<sup>1179</sup> Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 23 septembre 2009.

s'approvisionne pas auprès d'une centrale d'achats rendent, de fait, l'affiliation à un réseau indispensable à l'exploitation de ce type de fonds de commerce.

La Cour d'appel a aussi observé que dans le secteur de la distribution alimentaire, le savoir-faire du franchiseur est « *de faible technicité, spécificité et originalité* », elle considère également qu' ; « *une clause de non-affiliation n'est « pas indispensable à la protection du savoir-faire protégé* ». En effet, dans ce secteur d'activité, du fait qu'il est impossible d'exploiter son fonds de commerce sans être affilié à une enseigne, la clause de non-concurrence est assimilée à une clause de non-affiliation. Clause elle-même contestée du fait que le savoir-faire lié à cette activité est considéré comme négligeable.

Cependant, dans son arrêt du 28 septembre 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que cette clause de non-réaffiliation est « *moins restrictive à l'égard du franchisé, puisqu'elle ne lui interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique, mais restreint tout au plus sa liberté d'affiliation à un autre réseau* ». Cet arrêt a également opéré une distinction entre la clause de non-affiliation et la clause de non-concurrence post-contractuelle, en ces termes : « *la clause de non concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte* », alors que la clause de non affiliation « *se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* ». Pour avoir assimilé une clause de non-affiliation à une clause de non-concurrence, l'arrêt de la Cour d'appel de Caen est cassé au visa de l'article 1134 du code civil qui dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> 1180 »<sup>1181</sup>.

Ainsi, en cas de violation de cette clause, le responsable du réseau de franchise peut saisir le juge des référés pour ainsi obtenir une exécution forcée de l'obligation de non-réaffiliation imposée au franchisé défaillant qui sera soit obligé de se retirer du réseau concurrent auquel il est affilié ou simplement interdit, s'il se trouve pendant la phase précontractuelle de pourparlers, de contracter avec le futur réseau de franchise concurrent<sup>1182</sup>.

---

<sup>1180</sup> L'article 1134 al.1<sup>er</sup> du Code civil prévoit que : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

<sup>1181</sup> Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 09-13.888.

<sup>1182</sup> M. Depince, « La clause de non-réaffiliation », *Dr et patr.* 2007, n°155.

Le franchiseur peut aussi le faire condamner à des dommages et intérêts pour le préjudice subi, à cause de son affiliation à un réseau concurrent. Dans pareille hypothèse, il est dans l'obligation de démontrer, non pas l'état de la concurrence dans laquelle se trouve l'ancien franchisé, comme on a vu en matière de clauses de non-concurrence, mais l'appartenance de ce franchisé à un réseau concurrent<sup>1183</sup>. Ainsi dans le cas où cet ancien franchisé est condamné à verser des dommages et intérêts<sup>1184</sup> à son franchiseur, leurs montant ne doit pas être excessif ou dérisoire, sous peine d'être modifié par le juge. Enfin, le franchisé est également tenu de ne pas utiliser les éléments du pouvoir attractif du réseau auquel il a cessé de faire partie. Dans ce cadre, il est dans l'obligation de ne pas utiliser les signes distinctifs du franchiseur et restituer les divers éléments matériels et immatériels donnés par le responsable du réseau de franchise, pour l'exploitation de la franchise (C).

***C- L'interdiction d'utilisation des signes distinctifs et l'obligation de restitution des biens matériels et immatériels :***

Cette obligation découle de plein droit de l'extinction du contrat de franchise, dans la mesure où c'est conformément aux dispositions prévues par ce contrat que l'ancien franchisé disposait du droit, et même du devoir, d'employer et d'exploiter les signes distinctifs du réseau. Or, ce droit prend fin lorsque le contrat est éteint, quelle que soit la cause de la cessation des rapports contractuels. Par conséquent, le franchisé doit cesser tout emploi de ces signes, tel est le cas par exemple de l'emploi de la marque<sup>1185</sup>, ou encore de l'enseigne<sup>1186</sup>....etc.

Dans ce cadre, le contrat de franchise prévoit que ces biens matériels tels que le matériel de présentation, le matériel informatique, le matériel de stockage, et le matériel publicitaire<sup>1187</sup>, tous ces éléments doivent être restitués au franchiseur ; en tout état de cause, l'ancien franchisé doit restituer au franchiseur les éléments dont ce dernier a conservé la propriété. Tel est le cas par exemple des documents relatifs au savoir-faire et à l'ensemble de

---

<sup>1183</sup> *Ibid.*

<sup>1184</sup> Il faut souligner ici que le montant des dommages et intérêts dûs, en raison du non-respect par l'ancien franchisé de son obligation de non-affiliation post-contractuelle, soit déterminé par avance par une clause pénale.

<sup>1185</sup> Voir dans ce sens CA Colmar, 12 février 2008, *RG*, n° 06/05059.

<sup>1186</sup> Voir notamment CA Lyon, 22 novembre 2007, *RG*, n° 06/05164.

<sup>1187</sup> Voir par exemple Cass. com., 9 février. 1993, *JCP E*, 1994, II, note. Danglehant.

signes distinctifs y compris les papiers d'emballage<sup>1188</sup>, et le matériel d'exploitation<sup>1189</sup>. En outre, le franchisé est tenu également de restituer les fichiers de clientèle<sup>1190</sup>.

Mais, la situation est toute autre quand le contrat de franchise liant les deux parties en prévoit autrement. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 19 mars 2003, « un franchiseur s'est engagé, à l'issue du contrat de franchise, à ne pas exploiter le fichier des clients constitué par le franchisé. Or, le franchiseur n'a pas respecté son engagement en adressant aux clients de l'ancien franchisé l'adresse des points de vente où ils pouvaient désormais trouver les produits du franchiseur. Le franchisé l'a assigné devant les juges pour méconnaissance de son engagement. Pour échapper à toute responsabilité, le franchiseur faisait valoir qu'il s'était borné à utiliser son fichier national dans lequel figuraient évidemment les adresses des clients du franchisé. Les juges ont réfuté cette argumentation et considéré que le franchiseur devait respecter l'exclusivité qu'il avait reconnue au franchisé sur son fichier. En effet, les juges ont laissé entendre que si le franchiseur avait constitué un fichier grâce à des ventes directes ou n'avait pas aliéné sa liberté d'exploiter le fichier des clients du franchisé, aucun grief n'aurait pu lui être adressé »<sup>1191</sup>.

Si le franchisé refuse de les restituer ou tarde à le faire, il pourra être amené à le faire par une décision de justice<sup>1192</sup>. En outre, le franchiseur dispose toujours la faculté de saisir le juge des référés afin qu'il impose, au besoin sous astreinte, le retrait par le franchisé de tout signe distinctif du réseau. Le franchiseur est néanmoins tenu de rapporter la preuve du non respect de cette obligation<sup>1193</sup>. Mais, le franchiseur qui sera incapable de rapporter cette preuve, ne saurait demander réparation du préjudice qui en découlerait<sup>1194</sup>.

---

<sup>1188</sup> CA Paris 8 janvier 2008, Juris-Data n°2008-355369.

<sup>1189</sup> CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02483.

<sup>1190</sup> J.-M. Leloup, « La franchise, Droit et pratique », *op. cit.*, n°2108, p. 341.

<sup>1191</sup> CA Paris, 19 mars 2003, D. 2003, *somme*, 2428, obs. D. Ferrier.

<sup>1192</sup> TC Chambéry, 26 août 2005, RG n° 2004/00323.

<sup>1193</sup> Il faut souligner néanmoins l'existence d'une exception, Voir notamment dans ce sens CA Pau, 8 janvier 2008, RG, n° 06/04111 : « le franchisé n'est pas dans l'obligation de restituer ces éléments relatifs aux signes distinctifs s'il sont usagés, sans valeur et sans aucune réelle utilité pour le franchiseur ».

<sup>1194</sup> C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 20 novembre 2008, RG, n° 03/07603.

Toutefois, le franchiseur peut laisser un certain délai au franchisé pour enlever son panonceau<sup>1195</sup> et utiliser encore ces signes du franchiseur après l'expiration du contrat pour pouvoir vendre les stocks non-écoulés. Dans pareille hypothèse, il n'est pas nécessaire que ce délai soit expressément mentionné dans le contrat de franchise, puisque la jurisprudence a admis que ce délai puisse figurer, en caractères pré-imprimés, dans un formulaire rempli par un représentant du franchiseur en visite à l'entreprise du franchisé pour procéder à des constatations<sup>1196</sup>. Toutefois, si le franchisé est incapable ou se trouve dans l'impossibilité de restituer ces biens, la jurisprudence tient compte de ce fait et en prend acte<sup>1197</sup>, ainsi que de l'engagement de celui-ci de restituer les éléments en sa possession dans le cas où il les retrouverait<sup>1198</sup>.

De manière générale, après l'extinction du contrat de franchise, le franchisé est dans l'obligation de restituer au franchiseur tout les documents et les matériels misent à sa disposition à l'occasion de l'exécution de ce contrat. Il ne doit néanmoins rien garder du pouvoir attractif du réseau de franchise auquel il ne fait plus partie, à défaut, sa responsabilité sera mise en jeu pour concurrence déloyale et contrefaçon. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par une Cour d'appel, le 22 mars 2007, où « *un ancien franchisé a été condamné au versement de dommages et intérêts, sur le fondement de la concurrence déloyale, au motif qu'il a poursuivi l'utilisation des signes distinctifs du franchiseur ainsi que de son numéro de téléphone figurant sur l'enseigne de celui-ci* »<sup>1199</sup>. De même, dans un autre arrêt, rendu le 18 mai 2006, « *un franchisé a été condamné à verser des dommages et intérêts à l'ancien franchiseur, au motif qu' : « il s'était rendu coupable de contrefaçon de la marque de ce dernier. En l'espèce, un ancien franchisé a, après la cessation du contrat de franchise, continué à faire usage de la marque du franchiseur. Cet usage contrefaisant s'est manifesté par la présence d'un autocollant reproduisant la marque de l'ancien franchiseur en bas de la vitrine et par le maintien, pendant deux ans, de l'enseigne sous le nom de l'ex-franchiseur dans l'annuaire téléphonique* »<sup>1200</sup>.

---

<sup>1195</sup> Ph. Le Tourneau, obs. sous CA Paris 16 et 18 décembre 1978, et 10 janvier 1980, *RJ. Com.* 1980, p.18.

<sup>1196</sup> CA Colmar, 26 février 2008, *RG* n° 06/0531.

<sup>1197</sup> CA Pau, 8 janvier 2008, *RG*, n° 06/04111.

<sup>1198</sup> CA Colmar, 26 février 2008, *RG* n° 06/0531.

<sup>1199</sup> CA Lyon, 22 mars 2007, *Juris-Data*, n° 2007-332144.

<sup>1200</sup> CA Aix-en-Provence, 18 mai 2006, *Juris-Data*, n° 2006-305117.

Ainsi, le défaut de restitution des éléments relatifs aux signes distinctifs peut se résoudre par le versement de dommages et intérêts, à condition néanmoins pour le franchiseur de démontrer l'existence de son préjudice, puisque l'absence de cette preuve entraîne le rejet de la demande du franchiseur. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu le 13 février 2003, où une Cour a débouté un franchiseur de sa demande visant à condamner son ancien franchisé à lui payer des dommages et intérêts sur le fondement de la concurrence déloyale, au motif que : *« la preuve n'était pas rapportée que l'ancien franchisé, après la résiliation du contrat de franchise, aurait manqué à l'obligation d'enlever tout signe d'appartenance au réseau du franchiseur. Dans cette affaire, les juges ont considéré qu'un constat d'huissier, dressé à la demande du franchisé, relève que les éléments du salon de coiffure portent une nouvelle marque qui a remplacé celle du franchiseur et qu'il ne mentionne rien sur le mobilier spécifique au réseau du franchiseur. Il appartient donc à ce dernier d'établir que le franchisé continue à utiliser les agencements spécifiques de son réseau »*<sup>1201</sup>.

Pour conclure, dans le cadre d'un contrat de franchise, le franchiseur transmet à son franchisé son savoir faire qui doit être gardé secret, même après l'extinction du contrat de franchise. Par ailleurs, le franchisé est tenu de ne pas porter atteinte au réseau de franchise après l'extinction du contrat. Si le contrat contient une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation, il doit être respecté, sous peine d'engager la responsabilité du franchisé, voire même le condamner à payer des dommages et intérêts pour le préjudice que le franchiseur a subi. De surcroît, le franchiseur met à la disposition de son franchisé des éléments divers comme c'est le cas notamment des signes distinctifs qui, après l'extinction du contrat de franchise liant les deux parties, le franchisé doit cesser d'utiliser ces signes distinctifs appartenant au franchiseur. Il doit en outre restituer tous ce que son franchiseur a mis à sa disposition pour l'exploitation de sa franchise. Mais, la question qui se pose enfin est celle de savoir est-ce que le franchiseur est tenu lui aussi de respecter certaines obligations post-contractuelles (**Sous-Paragraphe 2**) ?

---

<sup>1201</sup> CA Lyon, 13 février 2003, *Juris-Data*, n°2003-218257.

## **Sous-Paragraphe 2 : Les obligations post-contractuelles du franchiseur.**

A la fin du contrat de franchise, deux sortes d'obligations post-contractuelles incombent au franchiseur, d'une part, les obligations relatives à la reprise des stocks de produits invendus restant en possession du franchisé lors de la cessation des rapports contractuels (A), et d'autre part, les obligations qui n'incombent pas forcément au franchiseur, tel est le cas de l'indemnité de clientèle (B).

### ***A- L'obligation relative à la reprise des stocks :***

Après l'extinction du contrat de franchise, des difficultés peuvent surgir du fait de la conservation par le franchisé des stocks de produits invendus fournis par le franchiseur. Ainsi, la question qui se pose ici est celle de savoir est-ce qu'après l'extinction du contrat de franchise le responsable du réseau de franchise est dans l'obligation absolue de reprendre les stocks de produits invendus restant en possession du franchisé ?

C'est la jurisprudence qui va répondre par la négative à cette question, en retenant comme principe que lors de la cessation des relations contractuelles et à défaut de stipulation contractuelle contraire, le franchiseur n'est pas tenu de reprendre les stocks de produits invendus restant en possession du franchisé<sup>1202</sup>. C'est donc le franchisé qui doit assumer l'écoulement des produits invendus, même s'il ne détient plus de droit sur les signes distinctifs du franchiseur.

De surcroît, une partie de la doctrine a approuvé la jurisprudence qui refuse d'imposer au franchiseur la reprise des stocks, en l'absence d'accord contractuel. Ainsi, « *les juges ne doivent, ni mettre systématiquement les stocks d'invendus à la charge de l'une des parties, ni en relever nécessairement le concessionnaire, car il peut être parfois équitable qu'il en supporte la charge en totalité ou en partie. Celle-ci peut représenter sa contribution au manque à gagner ou être une contrepartie aux pertes que chaque membre de la*

---

<sup>1202</sup> Voir par exemple dans ce sens, Cass. com., 16 février 1970, *RTD com.* 1970, p.765, note. J. Hemard.

*communauté d'entreprises doit supporter au prorata des avantages qu'il a pu en retirer en période contractuelle* »<sup>1203</sup>.

En outre, H. Kenfack estime de son côté que cette solution est logique, dans la mesure où *si les parties avaient voulu l'éviter, elles auraient dû inclure dans leur contrat une clause relative au stock* »<sup>1204</sup>. C'est ce que pense également C. Truong qui considère qu' : « *il convient de se rallier à cette approche qui respecte la volonté des parties et éviter les arbitrages en « censeurs » qui seraient tentés de mettre à la charge d'une des parties une obligation qui n'a pas été prévue au contrat. Le distributeur tout comme le concédant, est un professionnel de la distribution qui a négocié en toute connaissance de cause le contrat* »<sup>1205</sup>. Ainsi, pour ce courant doctrinal, le franchisé est un commerçant qui doit assumer les aléas de son activité, et surtout les aléas liés à la non-reprise des stocks en fin de contrat de franchise, qui n'est, en effet, qu'une contribution au manque à gagner ou une contrepartie aux pertes ou aux avantages que chacun des membres du réseau doit supporter.

Néanmoins, une autre partie de la doctrine est contre le fait de ne pas imposer au franchiseur une obligation de reprise des stocks invendus restant en la possession du franchisé. C'est le cas par exemple de M.-D. B. De Vaulx qui estime que le franchiseur dispose d'une option en fin de contrat : soit laisser au franchisé le temps d'écouler les stocks restant sous l'enseigne du réseau, soit reprendre dès la cessation du contrat les marchandises invendues<sup>1206</sup>. Certains auteurs ont même proposés l'idée de la garantie d'éviction afin de justifier la reprise des stocks de plein droit par le franchiseur après l'extinction du contrat de franchise<sup>1207</sup>.

---

<sup>1203</sup> J. Guyeno, « Les ventes avec clauses d'exclusivité et les groupements commerciaux de concessionnaire », *Gaz.Pal.*1972, doct., 481.

<sup>1204</sup> H. Kenfack, « La franchise internationale », *op. cit.*, n° 345, p.384.

<sup>1205</sup> C. Truong, « Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI », *Litec*, n° 300, p.256 et s.

<sup>1206</sup> M.-D. B. DE Vaulx, « Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive », *JCP CI*, 1984, I, 14246.

<sup>1207</sup> Voir en ce sens M. Cabrillac, « le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », *D.* 1964, p.181. Cet auteur estime que : « le franchiseur est comme tout vendeur- tenu, à l'égard de son distributeur, d'une obligation de garantie du fait personnel. En vertu de cette obligation, il doit s'abstenir de tout acte susceptible d'apporter un trouble de droit ou de fait à la jouissance du droit de vendre les produits dont dispose le franchisé ou le concessionnaire. Or, en mettant fin au contrat, soit par sa résiliation, soit par son non renouvellement, avant même que les produits destinés à la vente ne soient vendues, le franchiseur ou le concédant apporte un trouble de fait au franchisé ou au concessionnaire, puisque celui-ci ne



Mais, il arrive dans certaines hypothèses que c'est les juges qui déterminent le sort des stocks détenus par le franchisé et ce, au détriment du franchiseur. C'est le cas par exemple lorsque la cessation du contrat de franchise s'est réalisée dans des circonstances abusives imputables au franchiseur, où les juges n'hésitent pas à contraindre celui-ci, vis-à-vis duquel la cessation fautive du contrat est imputable, à reprendre le stock invendu par le franchisé lors de la cessation du contrat à titre de réparation du dommage subi. C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, rendu en matière de contrats de concession, mais dont la solution est transposable aux contrats de franchise.

En l'espèce, un contrat de concession avait été signé entre la société *Ligne Roset* (concedant), et la société *Rehitime* (concessionnaire), pour une durée de 3 ans. Ce contrat ne contenait ni des clauses de tacite de renouvellement, ni des clauses de prorogation du contrat. Néanmoins, il prévoyait dans son article 17 que la société concessionnaire disposait d'un délai de trois mois pour pouvoir écouler les stocks détenus après la cessation du contrat.

Toutefois, et quelques jours avant l'échéance du contrat, la société *Ligne Roset* a notifié à la société *Rehitime* qu'elle n'entendait pas renouveler le contrat la liant avec elle pour une nouvelle durée. La société *Rehitime* estimait qu'il y avait là une brusque rupture du contrat de la part de la société concedante. Elle l'a donc assigné en paiement de dommages et intérêts et en reprise des stocks détenus par elle lors de la cessation du contrat. Les juges du fond, saisis du litige, lui ont donné gain de cause. Ils ont considéré que si la société concedante avait le droit de ne pas renouveler le contrat de concession venu à expiration, la notification tardive, quelques jours avant l'échéance, de son refus de renouvellement constituait une brusque rupture qui engage sa responsabilité ».

La société *Ligne Roset* a formé un pourvoi en cassation, en estimant que le refus du renouvellement du contrat intervenu peu avant l'échéance ne constitue pas une faute, puisque, d'une part, la règle dans les contrats à durée déterminée est que la survenance du terme

---

*peut plus utiliser les produits selon leur destination normale, c'est-à-dire les revendre. Cela constitue donc une négation de son obligation de garantie impliquant la reprise des stocks invendus restant chez le franchisé, ou à tous le moins, de l'indemniser de la perte causée ».*

entraîne une extinction automatique du contrat sans qu'aucune manifestation de la part de l'une des parties en ce sens ne soit nécessaire. D'autre part, le contrat de concession ne contenait aucune clause de tacite prorogation du contrat pour que la notification du préavis lors du non-renouvellement soit exigée d'elle.

Ce pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation qui a approuvé l'arrêt d'appel en estimant qu' : « *après avoir retenu que le caractère tardif de la notification de non-renouvellement constituait une faute de la société Roset dans le contexte exposé, l'arrêt constate que le contrat de concession imposait au concessionnaire un niveau de stock élevé, que l'absence de préavis a conduit la société Rehitim à s'approvisionner jusqu'au terme du contrat et que la présence à proximité immédiate du nouveau concessionnaire Ligne Roset a freiné l'écoulement du stock ; qu'ayant ainsi déterminé le préjudice complémentaire né de la faute commise, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision de le réparer par la reprise par le concédant du stock restant [...]* »<sup>1208</sup>.

Par ailleurs, pour éviter ainsi toute éventuelle difficulté entre le franchiseur et le franchisé liée au sort des stocks en fin de contrat, les deux parties au contrat de franchise veillent souvent à insérer une clause<sup>1209</sup> réglant ce problème. Ainsi, « *selon ce qui est souhaité par les parties, cette reprise des stocks pourra être soit facultative ou obligatoire pour le franchiseur, concerner la totalité ou seulement une partie du stock conservé par le franchisé au moment de l'extinction du contrat. En outre, la clause devra indiquer la méthode permettant de fixer le prix de reprise, qui peut notamment correspondre à la valeur nette comptable ou au prix d'achat minoré d'un pourcentage prédéfini au contrat* »<sup>1210</sup>. Reste enfin qu'il existe d'autres obligations qui n'incombent pas forcément au franchiseur, tel est le cas par exemple de l'obligation d'indemnité de clientèle (**B**).

---

<sup>1208</sup> Cass. com., 23 mai 2000, *RJDA*, 2000, n° 973, p.772.

<sup>1209</sup> Il faut souligner que l'efficacité d'une telle clause est reconnue, dès lors qu'elle est expressément stipulée dans le contrat de franchise et pour plus de précision, voir notamment l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 15 janvier 1999, *D. Aff.* 1999, p.516.

<sup>1210</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*, note n° 539.

## ***B- L'obligation d'indemnité de clientèle :***

Après l'extinction des rapports contractuels et conformément aux dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 134-12 du Code de commerce, l'agent commercial reçoit une indemnité qui compense la perte de la clientèle qu'ils subissent du fait de la cessation de leur contrat<sup>1211</sup>. Ainsi, le franchisé souhaite lui aussi se faire attribuer de telle indemnité, mais, la jurisprudence dominante semble réticente à une telle idée.

C'est ce qui résulte ainsi d'un arrêt rendu-en matière de contrat de concession, dont la portée pourra sans doute être transposé sur les contrats de franchise<sup>1212</sup>-par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 mars 1976 où les juges ont considérés qu' : « à défaut d'un texte législatif et hormis l'hypothèse où le contrat de franchise prévoit que le concessionnaire aura droit à une indemnité de clientèle à la fin du contrat, ce dernier ne saurait obtenir une telle indemnité lors de la cessation des relations contractuelles »<sup>1213</sup>.

En revanche, si un courant doctrinal a tenté d'assimiler les contrats de franchise et de concession) à des mandats d'intérêt commun, en relevant que l'article L. 330-3 du Code de commerce fait référence au «*contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties* »<sup>1214</sup>, cette analyse a été néanmoins rejetée par la jurisprudence en raison de l'indépendance du franchisé<sup>1215</sup>.

C'est sur cette dernière qualité que se fonde la jurisprudence pour refuser d'accorder une indemnité de clientèle aux franchisés et aux concessionnaires, comparable à celle accordée aux agents commerciaux et aux VPR, puisque selon C. Champaud : « *les agents commerciaux « prospectent » et constituent une clientèle en qualité de mandataires,*

---

<sup>1211</sup> Voir en ce sens Ph. Grignon, « Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce », Bibliothèque de droit de l'entreprise, *Litec*, 2000, préface D. Ferrier et J.-M. Mousseron, 2000, 256, p.239.

<sup>1212</sup> F.-X. Licari, « La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, Bibliothèque de droit de l'entreprise », *Litec*, 2002, préface C. Witz, p. 563 et s. : « *ce qui est dénié aux concessionnaires, le sera aussi aux franchisés* ».

<sup>1213</sup> Cass. com., 9 mars 1976, *Bull. civ.* IV., n° 90.

<sup>1214</sup> Voir par exemple dans ce sens Ph. Le Tourneau, « Les contrats de franchisage », *op. cit.*, n° 233.

<sup>1215</sup> Voir par exemple en ce sens CA Paris, 21 juin 2006, *Juris-Data*, n° 304912 ; voir aussi D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI* 1977, I, 12441, p.269, et spéc., n°24 et s.

*pour le compte de leur mandant ; les V.R.P. le font en qualité de préposés salariés pour le compte de leur employeur. En cas de non-renouvellement ou de rupture de leur contrat, ils sont sans droit sur les clients et doivent s'abstenir d'entretenir avec eux des relations d'affaires. C'est en fonction de leur participation à la constitution de la clientèle de leur mandant ou de leur employeur et de leur absence de droit sur le fruit de leur travail que le législateur leur a reconnu l'indemnité dite de clientèle. La situation juridique du concessionnaire est juridiquement tout autre. La clientèle qu'il constitue lui appartient en même temps qu'au concédant. Elle est un élément du fonds de commerce qu'il possède. Sans s'exposer à aucune action judiciaire il peut, après l'expiration de la concession, proposer à ses clients et leur vanter les mérites supérieurs des produits concurrents de ceux qu'il achetait pour les revendre en vertu du contrat expiré »<sup>1216</sup>.*

Mais, en raison de son indépendance juridique, le franchisé est censé avoir une clientèle qui lui est propre et personnellement attachée, ne serait-ce qu'en raison de ses qualités personnelles et de son emplacement ou de son agencement<sup>1217</sup>. C'est ce que résume D. Ferrier en déclarant qu' : *« on admettra la coexistence, parmi les clients de l'entreprise franchisée, de personnes qui sont attachées à la seule marque du franchiseur et de personnes attachées à la seule activité du franchisé, sans considérer l'impact de la marque ou de l'activité dans l'attraction initiale de ces clients »<sup>1218</sup>.*

Récemment, la Cour de cassation a encore une fois confirmée sa position relative au refus d'octroi d'une indemnité de clientèle au franchisé, dans deux arrêts rendus le 23 octobre 2012, dans lesquels la Cour a refusé d'indemniser le distributeur évincé par son cocontractant pour le préjudice lié à la perte de clientèle consécutif à la cessation de son contrat. La

---

<sup>1216</sup> C. Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p.451, et spéc., n°33, p.477.

<sup>1217</sup> C'est ce qui a été affirmé par la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 27 mars 2002, JCP G 2002, II, 10112, Fauque : la Cour a estimé que : *« si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail. Cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé, puisque, même si celui-ci n'est pas propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteur de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls. Par ailleurs, le franchiseur reconnaît au franchisé le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds, la Cour d'appel en déduit exactement que les preneurs sont en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction et a, par ces seuls motifs, légalement justifiée sa décision »*

<sup>1218</sup> D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI* 1977, I, 12441, p.269, et spéc., n°28.

chambre commerciale de la Cour de cassation y censurait un arrêt au visa de l'article 1371 du Code civil dans les termes suivants : « *alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »<sup>1219</sup>.

Il semblait néanmoins qu'une décision rendu le 9 octobre 2007, par la Cour de cassation eût changé la donne. Dans cette affaire, six contrats de franchise avaient été conclus pour une durée de 2 ans. Après plusieurs renouvellements successifs, le franchiseur avait refusé de reconduire 5 des contrats arrivés à leur terme et résilié le sixième sans préavis. Le franchisé l'assigne alors en lui demandant le règlement d'une indemnité de clientèle liée à la cessation des contrats. Débouté par la Cour d'appel de Paris, le franchisé forme un pourvoi qui, sur ce point, est accepté par la Cour de cassation aux motifs suivants : « *alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Ainsi, cet arrêt pose le principe selon lequel un franchisé peut prétendre à une indemnité de clientèle, dès lors que la cessation du contrat n'est pas d'une part, de son fait, et d'autre part, conduit à le déposséder de sa clientèle. Cette indemnité de clientèle ne sanctionne pas donc une faute, mais un état de fait, à savoir la dépossession du franchisé.

En outre, une partie de la doctrine est favorable à l'octroi d'une indemnité de clientèle au franchisé, puisque l'exclusion du franchisé du réseau prive le franchisé de la clientèle qu'il a développée grâce à ses efforts, d'où la nécessité d'octroyer au franchisé une indemnité pour la perte de la clientèle que l'exclusion du réseau de franchise lui a provoquée.

---

<sup>1219</sup> Ces deux arrêts ont été rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 23 octobre 2012 : dans ses pourvois n° 11-21978 et n° 11-25175.

Dans ce cadre, M. J. Guyenot considère que « *l'ouverture de la franchise a pour effet d'amener en un lieu d'exploitation d'une marque une clientèle préexistante, tandis que le retrait opère transfert de ladite clientèle au profit du nouveau lieu d'exploitation de la marque dans le secteur concédé. Dans ces conditions, le franchisé ne peut pas être réputé titulaire d'un fonds de commerce, en l'absence d'une clientèle propre* »<sup>1220</sup>. De plus, M. G. Virassamy pense également la même chose que M.-J. Guyenot, puisque, selon lui, le franchisé, lié par un contrat de dépendance, participe à l'animation et au développement de l'activité du franchiseur. Il se met entièrement au service de celui-ci qui n'hésite pas, le plus souvent, à en faire un élément de son entreprise, en lui imposant sa propre politique d'ensemble. De là, il paraît normal qu'à la cessation des relations contractuelles, il puisse avoir une indemnité de fin de contrat »<sup>1221</sup>.

Il s'avère donc que l'octroi d'une indemnité de clientèle au franchisé a été conçu par une partie de la doctrine comme étant une sorte de bonus lié à sa participation au développement de l'activité du réseau de franchise. Malgré le fait que la jurisprudence demeure toujours hostile à reconnaître au franchisé un droit à une indemnité de clientèle à la fin du contrat, octroyer une telle indemnité est pourtant pleinement justifié, notamment dans le cas où celui-ci a su et a pu introduire avec beaucoup de succès le produit du franchiseur pour la première fois dans un nouveau marché. Mais, en cas de conflit entre le franchiseur et le franchisé, quelles sont les règles qui régissent la désignation de la loi applicable au contrat et celles relatives aux juridictions compétentes pour connaître du litige (**Paragraphe III**) ?

### **Paragraphe III : La loi applicable et le tribunal compétent en matière de franchise :**

Pour bien assurer l'exportation et le développement de sa franchise à l'international, le franchiseur doit le plus souvent s'engager avec des franchisés établis dans des États différents de ceux où se trouve son siège social. Ainsi, la dimension internationale du contrat de franchise qui peut résulter de la différence de nationalité des parties, du lieu d'exécution du contrat nécessite que l'accent soit mis, d'une part, sur la détermination de la loi applicable au

---

<sup>1220</sup>J. Guyenot, « Licensing et franchising », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct., p.155, n°24.

<sup>1221</sup>G. Virassamy, « Les contrats de dépendance », *LGDJ*, 1986, préface J. Ghestin, n° 304, p.246.

contrat et, d'autre part, sur le tribunal compétent pour résoudre les conflits relatifs au contrat qui pourraient survenir.

Dans ce cadre, quelle loi doit alors s'appliquer pour se substituer à l'expression défaillante de la volonté des parties au contrat de franchise ? La loi du lieu de conclusion du contrat, celle du lieu d'exécution, celle du lieu d'établissement de l'une des parties, pourquoi pas de l'autre ? Se pose aussi la question de savoir quelles juridictions sont compétentes en cas d'éventuels conflits opposant le franchiseur à ses franchisés établis à l'étranger ? Est-ce que ce sont celles du pays où le franchiseur a son siège social, ou au contraire, sont celles du pays où les franchisés sont établis ?

Plusieurs lois peuvent prétendre gouverner le contrat. On dit qu'elles sont en conflit. Trancher le conflit, c'est dire laquelle l'emportera. La loi ainsi choisie pour la solution du procès édicte la loi de rattachement ou la loi applicable. L'application d'un système juridique interne ou d'un autre système juridique national emporte donc des conséquences fondamentales. Il faut étudier la détermination de la loi applicable au contrat, tout en sachant que la volonté des parties doit se soumettre aux règles impératives, dites encore d'ordre public.

A cet égard, la quasi-totalité des Etats accordent beaucoup de valeur au principe d'autonomie de la volonté, en permettant aux opérateurs de commerce international de choisir et de déterminer librement la loi applicable au contrat qu'elles concluent. Mais, ces opérateurs internationaux usent parfois maladroitement de cette autonomie et faute de fixation claire d'une loi applicable à leur contrat, il faudra déterminer quelle a été leur commune intention.

Pour ainsi établir la commune intention des parties, le juge saisi de l'affaire recherche les indices de rattachement à l'une ou à l'autre des lois susceptibles de s'appliquer. Il les combine et les hiérarchise pour déterminer la loi applicable. Ainsi, le juge applique les règles de conflits de lois, c'est-à-dire les règles de son droit interne qui lui indiquent quelle loi doit être choisie pour s'appliquer au contrat. Chaque pays ayant son propre système de

conflits de lois, on peut aboutir à des situations, exaltantes pour le raisonnement juridique, mais compliquées à démêler pour les opérateurs.

De surcroît, pour éviter d'aboutir à des situations compliquées à résoudre pour ces opérateurs internationaux et pour unifier les règles de conflits, les pays de la Communauté ont conclu le 19 juin 1980 la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette Convention constitue un élément important et essentiel de rapprochement des droits des pays de l'Union européenne, dans la mesure où elle établit entre ces différents États, une règle de conflits uniforme et homogène quelle que soit la juridiction saisie. Elle opère ainsi une codification internationale unificatrice du droit international privé.

Néanmoins, cette Convention de Rome de 1980 a été remplacée par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entré en vigueur le 17 décembre 2009. Ainsi, l'article 12 de ce règlement précise que la loi applicable au contrat régit notamment l'interprétation, l'exécution, les conséquences de l'inexécution, les modes d'extinction des obligations et les conséquences de la nullité du contrat. Par ailleurs, ladite loi régit la charge de la preuve et les présomptions légales applicables en matière d'obligations contractuelles. Le règlement permet au juge saisi d'une affaire concernant des obligations contractuelles et présentant un conflit de lois, de désigner la loi applicable au contrat. Il prévoit par ailleurs, des exceptions à l'application de la loi ainsi désignée.

Aussi, ce Règlement s'applique-t-il, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles, sauf pour les cas prévues par l'article 1<sup>er</sup>, § 2 à 4, relatifs à l'état et à la capacité des personnes, au droit de la famille, aux effets de commerce, et au fonctionnement des personnes morales. A un principe général souple, serait substituée une série de rattachements objectifs déterminés en fonction du type de contrat. Le texte en viserait huit, dont le contrat de franchise.

De plus, l'article 3 paragraphe 1<sup>er</sup> de ce Règlement consacre le principe de l'autonomie de la volonté. Il dispose dans ce sens que : « *le contrat est régi par la loi choisie*



par les parties »<sup>1222</sup>. La loi applicable au contrat sera donc celle qui est choisie par les parties. Ce choix peut être exprès ou tacite, à condition qu'il soit identifié avec certitude; les parties ayant fixé dès sa formation la loi qui réglera leurs relations contractuelles. Dans ce cas, les parties peuvent décider que la loi choisie par elles, s'appliquera à l'ensemble du contrat, ou à l'une de ses parties seulement. Le choix de la loi applicable peut également ressortir des stipulations du contrat lui-même, ou des circonstances de la cause, ce qui offre au juge une large palette pour identifier l'intention des parties.

Ces parties peuvent aussi désigner plusieurs lois régissant chacune une partie du contrat. Elles peuvent changer ces lois, même après la conclusion du contrat, tant qu'une décision de justice n'a pas réglé le conflit relatif à ce contrat. Elles disposent aussi de la possibilité d'éviter la règle de conflits de lois en désignant une loi étrangère au pays dans lequel tous les éléments de la situation sont localisés, sans pour autant pouvoir échapper aux dispositions impératives de la loi de ce pays.

Cependant, si les parties au contrat de franchise n'arrivent pas à s'accorder sur la loi qui doit régir leur contrat, dans ce cas, et conformément aux dispositions de l'ancien article 4 de la Convention de Rome, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, il s'agit du « principe de proximité ». Cette Convention présume que ce pays est celui où est situé le principal établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique. C'est celle du franchiseur, qui transmet la franchise au franchisé. C'est donc la loi de l'établissement du franchiseur assurant au franchisé la communication du savoir-faire et de l'assistance technique.

Mais, pour plus de prévisibilité, ce principe se concrétise par une « présomption générale », au profit de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique prévue au contrat. Autrement dit, le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou son principal établissement, ou l'établissement devant fournir la prestation. En revanche, lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée, ces présomptions sont évincées lorsqu'il résulte de l'ensemble des

---

<sup>1222</sup> Il faut souligner que depuis l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 5 décembre 1910, dans l'affaire *American Trading*, S.1911, 1, p.129 : le contrat est en principe régi par la loi choisie par les parties (principe d'autonomie).

circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. C'est le mécanisme dit de « *la clause d'exception* », en vertu de laquelle le juge peut toujours écarter la loi désignée selon les critères ci-dessus pour en choisir une autre, qui lui semble présenter des liens plus étroits avec le contrat.

Néanmoins, l'article 4 rénové du Règlement de Rome I, qui a instauré ce que l'on appelle « *les rattachements fixes* »<sup>1223</sup>, a inversé totalement cette mécanique prévue par l'ancien article 4, puisque à un principe général souple serait substituée une série de rattachements objectifs déterminés en fonction du type de contrat. Le contrat de franchise en fait partie. Ainsi, comme la Convention de Rome d'origine, le contrat de franchise reposerait sur le critère de la « *résidence habituelle* » de celui qui doit fournir la prestation caractéristique<sup>1224</sup>.

En revanche, pour renforcer la sécurité juridique, ce règlement transformerait les simples présomptions en règles fixes et supprimerait, corrélativement, la clause d'exception. Dès lors et par exemple, en matière de franchise, le contrat serait régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle. C'est ce qui est censé protéger le franchisé en tant que partie faible. Mais, cette présomption relative à la prestation caractéristique prévue par l'article 4 al.2 du Règlement Rome I sera exclue dans le cas où cette prestation ne peut être déterminée et « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* »<sup>1225</sup>.

Par ailleurs, parmi les lois en conflits, certaines peuvent contenir des dispositions auxquelles le législateur a donné une force particulière. Aussi, le règlement prévoit-il que, dans certains cas, la loi désignée selon la méthode qu'il définit puisse être écartée au profit d'une autre. Il ressort des considérants préalables au règlement que le Parlement et le Conseil ont entendu distinguer clairement, d'une part, les «dispositions auxquelles il ne peut être

---

<sup>1223</sup> Il faut souligner néanmoins que ces rattachements retenus par le Règlement de Rome I ne font pas l'unanimité. Voir notamment dans ce sens P. Lagarde, « remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 95 (2) avril-juin 2006 : Cet auteur a souligné que « *les rattachements retenus ne sont pas tous fondés sur la même idée et peuvent de ce fait paraître arbitraires* ».

<sup>1224</sup> La prestation caractéristique est celle qui a pour contrepartie une somme d'argent. Sauf pour les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier, on applique la loi du pays où est situé l'immeuble.

<sup>1225</sup> Ces dispositions sont prévues par l'article 4 al.5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

déroger par accord» et, d'autre part, les « lois de police»<sup>1226</sup> qui doivent être interprétées de façon plus restrictive. En outre, le rattachement étranger du contrat ne doit pas avoir pour seule vocation de permettre aux parties de choisir la loi applicable audit contrat. Il pourrait s'agir là d'un cas de fraude. De même, la volonté des parties ne peut faire obstacle aux dispositions d'ordre public applicables dans le pays où sont localisés tous les éléments du contrat. En effet, lorsque la loi applicable ressort de la volonté des parties, et que tous les autres éléments de la situation sont localisés dans un autre pays que celui de la loi retenue, il est fait application des dispositions auxquelles la loi de l'autre pays ne permet pas de déroger<sup>1227</sup>.

De surcroît, le contrat de franchise comporte assez souvent une clause attributive de juridiction, par laquelle les parties désignent *ab initio* la juridiction compétente pour trancher le différend qui les oppose, que le conflit considéré concerne la validité, l'interprétation, l'exécution et/ou l'extinction du contrat de franchise. D'ailleurs, la jurisprudence admet la licéité de ces clauses attributives de juridiction<sup>1228</sup>. Il faut souligner également que, dans certains cas, le règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 «*Bruxelles I*» trouvera à s'appliquer. Ce règlement a, selon J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, «*communautarisé la Convention de Bruxelles, en la transformant en un instrument de droit communautaire dérivé. Ce règlement marque aussi un pas important dans le développement d'une meilleure circulation des jugements en Europe*»<sup>1229</sup>.

Néanmoins, ce règlement implique qu'un lien doit exister entre le litige et le règlement lui-même. Le principe général est que le règlement est applicable dès que le défendeur possède son domicile ou son siège social sur le territoire de l'un des Etats membres. Il est sans importance que les deux parties soient établies dans le même pays; la désignation

---

<sup>1226</sup> Il faut souligner que lorsqu'une loi de police, dont le caractère est internationalement impératif, a vocation à s'appliquer à une situation contractuelle, elle est applicable, peu important la loi à laquelle les parties ont soumis leur contrat. Selon l'article 9 du règlement, «une loi de police est une disposition impérative, dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement». Les lois de police trouvent application dans deux situations: en premier lieu, le juge saisi applique la loi de police de son pays ; en second lieu, il peut être donné effet aux lois de police du pays d'exécution des obligations.

<sup>1227</sup> F.-L. Simon, « Théorie et pratique du droit de la franchise », *op. cit.*

<sup>1228</sup> C'est ce qui résulte de l'arrêt *Sorelec* rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 17 décembre 1985, *Rev. crit. DIP* 1986.537, note H. Gaudemet-Tallon

<sup>1229</sup> J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, « Droit du commerce international », *Daloz*, 2<sup>ème</sup> édition, 2010, note n° 930, p. 717.

par le règlement des tribunaux d'un autre pays le rend applicable<sup>1230</sup>. A ce critère, le règlement adjoint certaines compétences « exclusives », à propos desquels il suffit que l'Etat désigné soit l'un des Etats membres, indépendamment du domicile du défendeur. Une semblable extension jouera à l'égard des clauses attributives de juridiction »<sup>1231</sup>.

Par ailleurs, l'arbitrage qui présente un sérieux avantage en matière de contrats internationaux, pourra lui-aussi être envisagé par les différentes parties au contrat de franchise pour régler leur litige. Il permet de mieux régler le rythme de la procédure en offrant souvent la possibilité d'emprunter la voie de l'urgence, et garantit la confidentialité. Les arbitres peuvent statuer en respect de la loi à laquelle est soumis le contrat, ou bien statuer en amiable compositeur. Dans ce cas, les parties dispensent les arbitres de l'obligation de statuer en droit, et les autorisent à statuer en équité.

Enfin, la procédure de l'exequatur devra être empruntée afin de permettre l'exécution de la décision étatique ou arbitrale rendue. Cette nécessité s'inscrit logiquement dans l'ordre international. Ainsi, aux termes d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 3 janvier 2006, le juge du pays dans lequel la décision doit être exécutée, « doit vérifier que la décision étrangère respectait toutes les conditions de régularité internationale, notamment au regard de l'ordre public international de procédure et de fond »<sup>1232</sup>.

Il s'avère donc qu'en matière de droit international privé, c'est le principe de l'autonomie de la volonté qui préside, mais dans un souci de prévisibilité, il convient de bien déterminer, et avec plus de précision, le droit applicable, voire, insérer dans le contrat une clause attributive de compétence, afin d'éviter d'éventuels conflits.

---

<sup>1230</sup> Com., 30 janvier 2002, *Rev. crit. DIP*, 2001. 539, note S. Poillot-Peruzzetto.

<sup>1231</sup> J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, « Droit du commerce international », *op. cit.*, note n° 932, p. 719.

<sup>1232</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janv. 2006, *BICC*, n° 641 du 1<sup>er</sup> juin 2006.

## Conclusion du deuxième Chapitre :

On a vu dans ce chapitre que dans le cadre d'un contrat de franchise, le franchisé est tenu de respecter un certains nombres d'engagements vis-à-vis de son franchiseur. Ces obligations sont imposées au franchisé dans le but d'assurer l'homogénéité du réseau de franchise. Dans ce cadre, le franchisé est tenu de respecter un certains nombres d'obligations essentielles, dont l'obligation relative au paiement des droits d'entrée et des redevances, l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur, celle de respecter les prix imposés et d'utiliser les signes distinctifs, celle de défendre la marque du franchiseur.

Il est également tenu de ne pas faire de la concurrence et de garder le secret sur tous les éléments du savoir faire, dont l'application de ses normes se prolonge dans de nombreuses obligations complémentaires considérées par la Commission européenne comme étant : « *nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur* »<sup>1233</sup>. Dans ce cadre, le franchisé peut être tenu de suivre ou de faire suivre par son personnel la formation dispensée par le franchiseur, en vue d'acquérir la maîtrise de ce savoir faire ; Préserver la confidentialité du savoir-faire communiqué, aussi longtemps qu'il n'est pas tombé dans le domaine public<sup>1234</sup>, sans pour autant oublier de mettre cette obligation à la charge de son personnel<sup>1235</sup>.

En outre, on a vu également que le franchisé est tenu de ne pas exercer une activité autre que celle correspondant à la franchise, et de ne pas utiliser le savoir-faire concédé, à d'autres fins que l'exploitation de la franchise et de communiquer au franchiseur tous les éléments susceptibles d'améliorer ce savoir-faire et surtout ceux qui seraient le résultat de son expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et d'accorder, le cas échéant au franchiseur une licence non exclusive pour l'utilisation de ce savoir-faire<sup>1236</sup>.

---

<sup>1233</sup> Lignes directrices, pt. 45.

<sup>1234</sup> Lignes directrices, pt. 45-c.

<sup>1235</sup> M. Bühler, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RD aff. int.* 2002, p. 359 et s.

<sup>1236</sup> Lignes directrices, pt. 45-d et f.

Néanmoins, ces obligations mises à la charge du franchisé ne sauraient en elles-mêmes le priver de son autonomie<sup>1237</sup>. Elles peuvent cependant le priver de réelle autonomie dans la conduite de l'activité franchisée et donc le placer dans une position de subordination justifiant la requalification de son statut en gérant salarié<sup>1238</sup>. Ces obligations qui pèsent sur le franchisé peuvent moins radicalement, aggraver sa dépendance économique et justifier l'application de règles particulières de protection de droit de la concurrence<sup>1239</sup> et l'engagement de la responsabilité du franchiseur<sup>1240</sup> en qualité de dirigeant de fait<sup>1241</sup>, d'associé de fait<sup>1242</sup>, ou de mandant du franchisé<sup>1243</sup>. Elles peuvent également justifier la mise en jeu de la responsabilité du franchiseur dans le cadre d'une procédure collective<sup>1244</sup>, ou tout simplement mettre fin aux relations contractuelles entre les deux parties.

Dans ce cadre, cette rupture des liens contractuels doit répondre à des conditions particulières. Ainsi, on a constaté que lorsqu'un contrat de franchise est conclu pour une durée déterminée, ce contrat prend fin à l'expiration de cette durée, sauf si celui-ci est renouvelé. A l'échéance du terme, chacune des parties recouvre sa liberté. Le principe est l'absence d'un droit au renouvellement du contrat à son terme, mais, un délai de préavis doit être respecté dans l'objectif de permettre au contractant subissant la rupture de ce contrat de prendre les mesures nécessaires pour opérer sa reconversion et de réduire ainsi le préjudice résultant de la perte du contrat. En outre, pour réduire les effets négatifs que produisent les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation vis-à-vis du franchisé après l'extinction du contrat de franchise, il ne suffit pas que ces clauses soient limitées dans le temps et dans l'espace et justifiées par un intérêt légitime. Encore faut-il que leur validité soit soumise à une contrepartie financière censée permettre la survie de l'activité commerciale du franchisé après la rupture du contrat.

---

<sup>1237</sup> C'est ce qui résulte de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 3 juillet 2002, D. 2003, *somm.* p. 2429, obs. D.Ferrier.

<sup>1238</sup> C'est ce qui résulte de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 16 décembre 1997 : D. 1998, *somm.* p. 338, obs. D.Ferrier.

<sup>1239</sup> Cass. com., 16 déc. 1997 : D. 1998, *somm.* p. 338, obs. D.Ferrier.

<sup>1240</sup> A. Bidan et Th. Le Bras, « La responsabilité civile et commerciale du franchiseur dans la gestion du franchisé », *RJ com.* 1986, n° 3 et 41.

<sup>1241</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu le 16 décembre 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 337.

<sup>1242</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 13 novembre 1980, *Bull. civ.*, 1980, I, n° 293.

<sup>1243</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 17 octobre 1995, *Bull. civ.*, 1995, IV, n° 246; D. 1997, *somm.* p. 57, obs. D.Ferrier.

<sup>1244</sup> Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 14 janvier 2004, *RDC* 2005, 1008, obs. M. Béhar-Touchais.

On a remarqué enfin que la jurisprudence refuse de mettre à la charge du franchiseur une obligation de reprendre les stocks invendus restant en la possession du franchisé lors de la fin du contrat en l'absence d'une clause contractuelle. Elle refuse aussi de lui octroyer une indemnité de clientèle en fin de contrat. Mais, nous estimons que la jurisprudence doit modifier sa position par rapport à ces questions et qu'il serait convenable que le franchiseur soit tenu d'une obligation de reprendre les stocks non vendus restant en la possession du franchisé à la fin du contrat, sauf s'il se révèle que l'impossibilité d'écoulement des stocks est due à un manquement qui lui est imputable. En outre, le franchisé devrait avoir une indemnité de clientèle en fin de contrat, récompensant la clientèle qu'elle apporte au franchiseur et qui reste toujours attachée à sa marque après la rupture de ce contrat.

## **Conclusion de la deuxième Partie :**

Cette partie de notre étude a été consacrée aux obligations qui pèsent respectivement sur les deux parties à un contrat de franchise, à savoir le franchiseur et le franchisé, dont le non-respect peut mettre fin aux relations contractuelles qui lient ces deux parties. Dans ce cadre, on a pu observer que le réseau de franchise est un élément très essentiel en la matière, puisque c'est lui qui donne forme à la relation inter organisationnelle qui existe entre les différentes parties au contrat de franchise et au sein de laquelle ces collaborateurs vont pouvoir exercer leurs droits et obligations. Ainsi, la réussite de ce réseau passe absolument par la réussite des parties qui le compose et qui dispose chacune des aptitudes et des compétences susceptibles de favoriser cette réussite.

Ainsi, le franchiseur doit avoir éprouvé son concept et notamment apporter la preuve de son succès afin de réitérer son savoir faire et sa réussite commerciale. En dehors des considérations relatives aux signes distinctifs, il doit être apte à donner une forme à son savoir faire (bible). Il doit être en mesure de transmettre ce savoir faire, tout en proposant des sessions de formation dans les différentes unités faisant partie de son réseau et vis-à-vis desquelles il est lié par un certains nombres d'obligations, dont la plus importante est la transmission de son savoir faire.

Il doit également assurer un suivi avec une assistance technique permanente à ses franchisés, tout en mettant en place des innovations et des mises à jour sur son savoir-faire, pour ainsi favoriser la réitération de sa réussite commerciale et la notoriété de son réseau. C'est la transmission du son savoir faire du franchiseur qui permet aux différents franchisés de se structurer et de s'adapter à un marché qui connaît beaucoup de concurrence, dont les habitudes de consommation de la clientèle n'arrêtent pas d'évoluer, sans pour autant oublier l'épineuse question de la qualité des services et des prestations fournies ( le franchisé cherche à rentabiliser son investissement et à réaliser rapidement des bénéfices, d'où la tentation de tirer rapidement profit de la notoriété de l'enseigne au détriment des standards de qualité).



Le franchisé pour sa part et en dehors des considérations financières doit savoir diriger son entreprise et bien appliquer le savoir faire transmis par le franchiseur. C'est le respect de ce savoir faire qui va lui permettre de réitérer la réussite commerciale du franchiseur et augmenter son chiffre d'affaire. En tant que gérant d'une entreprise franchisé, il doit savoir démultiplier la quantité de son travail par rapport à ses salariés, pour pouvoir assurer la réussite commerciale de son entité franchisé et du réseau de franchise en générale. On a pu observer que cette réussite passe absolument par le respect de certaines obligations, dont l'obligation de garder le secret et la confidentialité sur tous les éléments du savoir faire. Néanmoins, ces obligations ne signifient pas que le franchisé est dépendant de son franchiseur et qu'il n'a aucune marge de manœuvre, au contraire, c'est son dynamisme et son autonomie qui permet au concept de franchise de réussir et qui lui assure une pérennité à long terme.

En fin, c'est ces compétences et aptitudes qui doivent permettre au franchiseur comme au franchisé d'exploiter au mieux leurs entités, tout en respectant les obligations imposées par le système de la franchise. Mais, le contrat de franchise est un contrat d'adhésion qui permet au franchiseur d'imposer ses standards à tous ses franchisés. De ce fait des situations conflictuelles peuvent se produire lorsqu'il y a divergence d'intérêts, ce qui peut conduire à mettre fin aux relations contractuelles liant les deux parties au contrat de franchise.

Dans ce cadre, l'extinction du contrat de franchise peut avoir, comme on déjà vu, diverses causes. Ces causes d'extinction peuvent ainsi correspondre à l'arrivée du terme du contrat, ou à la résiliation unilatérale, lorsque le contrat est conclu sans terme ou encore à la résiliation bilatérale. L'extinction du contrat de franchise entraîne la liquidation des relations et rapports contractuels et donne le plus souvent naissance à l'engagement de la responsabilité de la partie fautive. En outre, elle peut déclencher la prise d'effet d'obligations post-contractuelles : obligation de secret, obligation de non-concurrence et de non-réaffiliation, obligation de reprise des stocks invendus restant en la possession du franchisé et, enfin, l'obligation de verser une indemnité de clientèle, dont, comme on a pu remarquer que la jurisprudence dominante refuse toujours de l'octroyer au franchisé.

## CONCLUSION GENERALE :

Les différents systèmes juridiques étudiés ci-dessus ont construit un concept de franchise à partir de la doctrine, et surtout de la jurisprudence. Malgré l'absence aujourd'hui d'un texte ayant une force de loi qui définit la franchise, nonobstant ses aspects organiques, celle-ci se définit comme étant : « *la convention visant à obtenir la réitération d'une réussite commerciale ou industrielle par l'application d'un savoir-faire commercial ou industriel. Le savoir-faire apparaît ainsi au cœur de la définition de la franchise. Autant dire qu'il n'y a pas de franchise sans savoir-faire ; cela signifie que le savoir faire fonde la franchise et que la franchise révèle à travers de son développement ce savoir-faire* »<sup>1245</sup>.

Cette définition prend en compte non seulement les éléments de constitution de la franchise, mais aussi leurs proportions et ses finalités. Ce positionnement explique comment un contrat qui possède ces trois éléments et qui vise à la distribution doit marcher pour qu'il soit qualifié en contrat de franchise et pas autrement. La compréhension de sa composition et de son mécanisme de fonctionnement permet de distinguer la franchise des autres contrats de distribution. Le contrat sera proprement qualifié ou requalifié, ce qui amène à une application plus juste de la loi. D'ailleurs, telle est la finalité de la qualification du contrat ; son encadrement va déterminer les effets qui seront produits.

Ainsi, a-t-on pu constater que les différents systèmes étudiés rentrent complètement dans la spécificité du contrat de franchise, notamment en ce qui concerne le savoir-faire et le rôle qu'il y est appelé à jouer. Cette précision permet une qualification plus juste du contrat. A partir d'elle, les clauses et ses effets sont guidés par le critère de la pertinence du savoir-faire. Cela peut basculer à l'extrémité. Un contrat pourra avoir sa nullité prononcée si le savoir-faire n'est pas pertinent ; en revanche, même l'imposition du prix de revente peut être considéré valable, si ceci fait partie du savoir-faire du concédant, savoir-faire qui a projeté son succès, et qui doit être réitéré.

---

<sup>1245</sup> D. Ferrier, « *Franchise et savoir-faire* », *op. cit.*, p. 157.

Comme décrit par D. Ferrier : « *la franchise suppose l'existence d'un savoir-faire établi et développé à être mis à la disposition par le franchiseur au franchisé, ayant pour objet la réitération de la réussite commerciale par ce dernier; et dans ce cadre la franchise est considérée comme un facteur de concurrence et toutes les clauses restrictives de concurrence directement liées à la réitération de la réussite commerciale, c'est-à-dire au transfert de savoir-faire et au respect de l'homogénéité du réseau, devaient échapper à l'application de l'art 81 § 1 du Traité CE* »<sup>1246</sup>. Comme nous l'avons déjà exposé, ce savoir-faire possède comme élément de constitution : le secret; l'originalité, la substantialité, la transmissibilité, et l'extériorisation d'une volonté de garder la confidentialité sur tous les éléments qui y sont relatifs. Ceux-ci découlent de la norme européenne, de la doctrine, et surtout de la jurisprudence.

Il s'agit donc d'un savoir-faire secret dans la mesure où il ne doit pas être immédiatement accessible au public. En effet, le savoir faire ne présente d'intérêt et ne représente une valeur que s'il a un certain caractère confidentiel. Toutefois, le secret n'est pas entendu de façon absolue : il peut être partagé entre un certain nombre de personnes, notamment si elles sont tenues à une obligation de confidentialité. En outre, l'exigence du secret ne signifie pas non plus que les éléments du savoir-faire doivent être totalement inconnus ou impossibles à obtenir en dehors de l'entreprise qui le détient ; ils doivent seulement être difficiles à acquérir, et non répandus. Toutefois, ce secret exigé est relatif. Il n'est pas nécessaire qu'il soit absolu. Il y a une interprétation souple de la matière. Le secret peut être connu d'un certain nombre de personnes, sans qu'il enlève le caractère substantiel du savoir-faire. L'important, c'est qu'il ne soit pas facilement accessible et à la portée du public.

En outre, ce savoir-faire doit être « *identifié* ». L'examen et l'étude des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du règlement CE de 1999, imposent l'existence d'un formalisme indispensable au respect de cette identification du concept du savoir faire, qui se concrétise, en pratique, par des supports matériels prévus à cet égard. Cette obligation se justifie par deux aspects: d'une part, « *cette obligation qui impose un certain formalisme est la démonstration, dans chaque*

---

<sup>1246</sup> D. Ferrier, *op. cit.*, p. 373 et suivant.

*contrat de franchise, de la transmissibilité du savoir-faire*»<sup>1247</sup>, ce qui permettrait, par la même occasion au futur candidat franchisé de s'engager en toute connaissance de cause<sup>1248</sup>.

D'autre part, un savoir-faire « *identifié* », peut être le moyen de preuve le plus efficace, pour éventuellement prouver son existence et sa véritable transmission au futur candidat franchisé et, par conséquent, la preuve de l'existence d'un contrat de franchise. Dans un tel contexte et conformément aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du Règlement *CE* de 1999, « *si le franchisé se trouverait à contester la réalité du savoir-faire du franchiseur, il lui appartiendra alors, de prouver que ce savoir-faire ne présente aucune originalité, spécificité et expérimentation* »<sup>1249</sup>. Cette originalité ne doit pas suivre le concept de nouveauté comme en matière de brevet. L'originalité est placée dans un degré en dessous de la nouveauté. Cela va se refléter dans la subjectivité du récepteur de l'information. Il faut que l'information soit originale vis-à-vis du franchisé qui reçoit cette information.

La substantialité est traduite par l'opportunité commerciale accordée au franchisé; de façon à ce qu'il ait accès à une gamme d'informations qu'il n'aurait pu avoir qu'à partir d'expériences bien testées auparavant, et d'un investissement personnel et financier considérable du franchiseur. Le dévoilement du secret marche comme un raccourci du chemin à être parcouru jusqu'à la mise au point d'un système. Comme conséquence, l'information aura une valeur économique, laquelle sera mesurée proportionnellement à sa pertinence.

L'extériorisation de la volonté de garder l'information comme secrète est aussi une caractéristique importante et primordiale. Son détenteur dresse des barrières physiques et/ou contractuelles, afin d'empêcher que de tiers y accèdent facilement. Les premières peuvent être constituées par un système de contrôle, et les dernières par le moyen d'une obligation de non-concurrence et de secret. En cas de violation de l'une de ces obligations, un régime de protection d'ordre civil et pénal a été mis en place pour assurer la protection du savoir faire. La protection d'ordre civil est attachée directement à la notion de concurrence déloyale, et fondée légalement par la responsabilité civile subjective. Pour qu'elle soit mise en œuvre, il faut qu'il ait un dommage et un rapport entre ceci et l'action de la personne soupçonné de

---

<sup>1247</sup> J.M. Leloup, *op.cit*, note 41, p. 34.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> Article 1<sup>er</sup> du Règlement *CEE* n°2790/1999 du 22 décembre 1999.

l'avoir causé, et la sanction sera prononcée dans le sens de réparation des dommages subis. En ce qui concerne la protection pénale, l'utilisation et l'exploitation illégales du savoir faire sont incriminées et sanctionnées de peines privatives de liberté et d'amende.

Enfin, le rôle de ce savoir-faire doit gagner en relief, dans la mesure où sa définition classique reste largement insuffisante, trop réductrice, et ne prenant pas en compte les aspects tant juridiques, qu'économiques. Ainsi, pour qu'un franchisé arrive à réitérer la réussite de son franchiseur à long terme, et de manière plus ou moins durable, la transmission de ce savoir faire intimement attaché au concept franchisé n'est pas tout à fait suffisant.

Dans cette perspective, le franchiseur est tenu d'engager plus d'actions et d'efforts dans le but de mettre en place, et d'offrir à ses candidats franchisés-en plus de la transmission de son savoir faire- un système organisationnel bien adapté. C'est ce qui explique l'insuffisance de la définition classique du savoir faire-la réduisant à un ensemble de connaissances techniques relatives au concept conçu par le franchiseur et transmis par ce dernier au franchisé- et l'excluant de tout rapport avec l'organisation du franchiseur. D'autant plus que la réalité démontre la mise en faillite d'un certains nombres de réseaux franchisés, bien que les franchiseurs se soient bien conformés à la définition classique du savoir faire, en le transmettant. De surcroît, s'il suffisait de transmettre le savoir- faire d'un concept qui a bien réussi auparavant, la plupart de réseaux franchisés seraient un succès. Toutefois, en pratique ce n'est pas le cas, car il ne suffit pas d'avoir un bon concept pour qu'en le transmettant à d'autres, le succès suive.

Mais, le savoir-faire lié uniquement au concept franchisé, bien qu'étant un élément nécessaire au contrat de franchise, n'en est pas moins un élément insuffisant pour permettre à lui seul la réussite du réseau de franchise tout entier. La solution qui s'impose, serait de dépasser la définition classique du savoir faire vis-à-vis duquel la doctrine, la jurisprudence, et tous les spécialistes dans le domaine de la franchise se sont borner à appliquer, sans pour autant chercher d'autres alternatives visant à lier le savoir faire à l'organisation du franchiseur. Or, la principale difficulté rencontrée par les franchisés réside dans le fait qu'ils n'ont pas pu bénéficier d'un savoir faire d'organisation.

Ainsi, une fois que le franchiseur a transmis au franchisé les connaissances relatives au concept qu'il a créé, il a encore un rôle actif et fondamental à jouer. Le franchiseur doit encore fournir une assistance permanente. Ce rôle ne doit pas se limiter uniquement à une obligation d'actualisation et de mise à jour du savoir-faire. L'obligation d'enrichir ce dernier après sa transmission est fondamentale. Néanmoins, elle reste insuffisante. Pour pouvoir réitérer sa réussite, le responsable du réseau de franchise doit en réalité disposer d'une organisation adaptée. Dans ce contexte, la fusion des deux notions-savoir faire lié au concept franchisé et savoir-faire lié à l'organisation du franchiseur- au sein d'une même et seule définition s'avère indispensable pour permettre d'une part de donner une définition complète et suffisante de la notion du savoir faire, et d'autre part, de passer d'un savoir faire à un savoir réussir.

## ANNEXES

- La Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise
- The International Franchise Association's Code of Ethics
- Federal Trade Commission Rules of USA
- Le Code de déontologie européen de la franchise
- L'article L. 420-1 du Code de commerce
- La loi Doubin n° 89-1008 du 31 décembre 1989 et son Décret d'application n° 91-337 du 4 avril 1991.

**LA LOI TYPE SUR LA DIVULGATION DES INFORMATIONS  
EN MATIÈRE DE FRANCHISE :**

**ARTICLE 1 (CHAMP D'APPLICATION) :**

- 1) La présente loi s'applique aux franchises devant être concédées ou renouvelées pour l'exploitation d'une ou plusieurs activités commerciales franchisées sur le territoire de [l'Etat qui l'adopte].
- 2) Sauf disposition contraire de la présente loi, celle-ci ne concerne pas la validité du contrat de franchise ou de l'une de ses clauses.

**ARTICLE 2 (DÉFINITIONS) :**

Aux fins de la présente loi : une activité franchisée est une activité commerciale conduite par le franchisé dans le cadre d'un contrat de franchise ; un affilié du franchisé est une personne physique ou morale qui exerce un contrôle direct ou indirect sur le franchisé, ou est contrôlée directement ou indirectement par celui-ci, ou se trouve sous le contrôle d'un tiers qui contrôle le franchisé ; un affilié du franchiseur est une personne physique ou morale qui exerce un contrôle direct ou indirect sur le franchiseur, ou est contrôlée directement ou indirectement par celui-ci, ou se trouve sous le contrôle d'un tiers qui contrôle le franchiseur ; un contrat de développement est une convention aux termes de laquelle un franchiseur concède à une autre partie, en échange de contreparties financières directes ou indirectes, le droit d'acquérir plus d'une franchise au sein du même système de franchise ;

un contrat de franchise s'entend de tout accord par lequel une franchise est concédée ; un contrat de sous-franchise s'entend d'un contrat de franchise conclu entre un sous-franchiseur et un sous-franchisé conformément à une franchise principale ; une déclaration tendant à induire en erreur, s'entend de l'exposé d'un fait dont son auteur savait ou aurait dû savoir au moment où il l'a formulé, qu'il n'était pas véridique ; un document d'information est un document contenant les renseignements exigés par la présente loi ;

le terme État inclut les unités territoriales formant un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales, qu'elles possèdent ou non des systèmes de droit différents applicables dans les matières régies par la présente loi ; un fait essentiel s'entend de tout renseignement qui



peut raisonnablement être considéré comme ayant un effet significatif sur la décision du futur franchisé d'acquiescer une franchise ;

une franchise correspond aux droits concédés par une partie (le franchiseur) qui autorise et engage une autre partie (le franchisé), en échange de contreparties financières directes ou indirectes, à se livrer à une activité commerciale de vente de marchandises ou de services en son propre nom et pour son propre compte dans le cadre d'un système élaboré par le franchiseur qui comprend son savoir faire et son assistance, qui règle les modes essentiels d'exploitation incluant l'exercice par le franchiseur d'un contrôle permanent et approfondi des opérations et qui est associé de manière significative à une marque de commerce, une marque de service, une dénomination commerciale ou un logo prescrit par le franchiseur. Y sont inclus :

- A) les droits concédés par un franchiseur à un sous-franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise principale ;
- B) les droits concédés par un sous-franchiseur à un sous-franchisé dans le cadre d'un contrat de sous-franchise ;
- C) les droits concédés par un franchiseur à une autre partie dans le cadre d'un contrat de développement.

Aux fins de la présente définition, le paiement à un prix préférentiel des biens destinés à la revente ne peut être assimilé aux « contreparties financières directes ou indirectes » ; le terme franchisé désigne également le sous-franchisé dans ses relations avec le sous franchiseur et le sous-franchiseur dans ses relations avec le franchiseur ; une franchise principale s'entend du droit concédé par un franchiseur à une autre partie (le sous-franchiseur), de concéder lui-même des franchises à des tiers (les sous-franchisés) ;

le terme franchiseur désigne également le sous-franchiseur dans ses relations avec ses sous-franchisés ; une modification importante parmi les informations qui doivent être divulguées s'entend d'une modification pouvant raisonnablement être considérée comme ayant un effet significatif sur la décision du futur franchisé d'acquiescer la franchise ; et une omission s'entend de l'absence de déclaration d'un fait essentiel, dont son auteur était conscient au moment où cette déclaration aurait dû être faite.

### **ARTICLE 3 (REMISE DU DOCUMENT D'INFORMATION) :**

1) Un franchiseur doit délivrer à tout futur franchisé le document d'information accompagné de la proposition de contrat de franchise au moins quatorze jours avant la date de survenance du premier des deux événements suivants :

A) la signature par le futur franchisé de tout contrat ayant trait à la franchise à l'exception des contrats relatifs à la confidentialité des informations remises ou à remettre par le franchiseur ;  
ou

B) le paiement au franchiseur ou un affilié du franchiseur par le futur franchisé de toute somme en relation avec l'acquisition d'une franchise qui ne soit pas remboursable ou dont la restitution est soumise à de telles conditions qu'elle ne soit pas remboursable, à l'exclusion d'une sûreté (caution ou dépôt) octroyée lors de la conclusion d'un contrat de confidentialité.

2) Le document d'information doit être actualisé dans les [X] jours suivant la fin de l'exercice fiscal du franchiseur. Lorsque survient une modification importante des informations devant être divulguées conformément aux dispositions de l'article 6, le franchiseur doit notifier par écrit toute modification au futur franchisé dès que possible et avant la survenance d'un des événements décrits aux sous-paragraphes 1(A) et 1(B).

### **ARTICLE 4 (PRÉSENTATION DU DOCUMENT D'INFORMATION) :**

1) L'information doit être fournie par écrit.

2) Le franchiseur peut établir le document d'information dans la forme de son choix, à condition qu'il soit présenté sous la forme d'un document unique délivré en une seule fois et que les renseignements qu'il contient soient conformes aux prescriptions imposées par la présente loi.

### **ARTICLE 5 (DISPENSES DE L'OBLIGATION DE DIVULGATION D'INFORMATION) :**

Aucun document d'information n'est requis :

A) dans l'hypothèse d'une franchise concédée à une personne qui a été un dirigeant ou un administrateur du franchiseur ou de l'un de ses affiliés pendant au moins l'année qui précède immédiatement la signature du contrat de franchise ;

**B)** dans l'hypothèse d'une cession ou toute autre forme de transfert des droits et obligations du franchisé dans le cadre d'un contrat de franchise en cours, lorsque les conditions qui lient le cessionnaire ou le bénéficiaire sont substantiellement les mêmes qui lient le cédant, et que le franchiseur n'a pas eu de rôle important dans la transaction autre que l'approbation du transfert.

**C)** dans l'hypothèse d'une franchise de vente de biens ou de services, concédée à une personne physique ou morale déjà engagée depuis 2 ans dans une exploitation commerciale identique ou similaire, dans la mesure où le chiffre d'affaires réalisé pendant la première année d'activité raisonnablement prévisible à l'entrée en vigueur du contrat de franchise, ne dépasse pas 20 % du total du chiffre d'affaires des activités combinées du franchisé et de ses affiliés pendant cette période ;

**D)** dans l'hypothèse d'une franchise concédée à un futur franchisé, par laquelle celui-ci s'engage à réaliser conformément au contrat de franchise un apport financier total supérieur à [X] ;

**E)** dans l'hypothèse d'une franchise concédée à un futur franchisé, dont l'actif net du bilan, cumulé avec celui de ses affiliés, est supérieur à [Y] ou dont le chiffre d'affaires est supérieur à [Z] ; ou

**F)** dans l'hypothèse du renouvellement ou de l'extension d'une franchise aux mêmes conditions.

#### **ARTICLE 6 (CONTENU DES INFORMATIONS FOURNIES) :**

**1)** Le franchiseur fournit dans le document d'information les renseignements suivants :

**A)** la raison ou dénomination sociale, la forme juridique et l'adresse légale du franchiseur et l'adresse du lieu principal d'activité du franchiseur ;

**B)** les marques de commerce, les dénominations commerciales, le nom commercial ou similaire, sous lesquels le franchiseur exerce ou a l'intention d'exercer ses activités commerciales dans l'État où le franchisé exploitera son activité ;

**C)** l'adresse du lieu principal d'activité du franchiseur dans l'État où le futur franchisé est situé ;

**D)** une description de la franchise qui doit être exploitée par le futur franchisé ;

**E)** une description de l'expérience commerciale du franchiseur et de ses affiliés qui concèdent des franchises ayant substantiellement la même dénomination commerciale, incluant :

- i)** l'ancienneté de chacun dans la conduite d'opérations commerciales du type de celles devant être exploitées par le futur franchisé ; et
  - ii)** l'ancienneté de chacun dans la concession de franchises dans le même type d'activité que celles devant être exploitées par le futur franchisé ;
- F)** les noms, adresses professionnelles, fonctions exercées et expérience commerciale de toute personne qui a des responsabilités de direction dans la conduite des activités commerciales du franchiseur en relation avec la franchise ;
- G)** la référence des condamnations pénales ou des constatations de responsabilité dans le cadre d'une action civile ou d'un arbitrage concernant des franchises ou d'autres activités commerciales, mettant en cause une fraude, une déclaration tendant à induire en erreur ou tout autre comportement similaire impliquant :
- i)** le franchiseur ; et
  - ii)** tout affilié du franchiseur qui est engagé dans la franchise intervenues dans les cinq dernières années, ainsi que la référence de telles procédures encore en cours à l'encontre du franchiseur ou de l'une de ses filiales ;
- H)** la référence des procédures de faillite, d'insolvabilité, ou procédures comparables ayant impliqué le franchiseur et un ou plusieurs de ses affiliés au cours des cinq dernières années ;
- I)** le nombre total des franchisés, des filiales de distribution et des affiliés du franchiseur qui concèdent des franchises ayant une dénomination commerciale qui est substantiellement la même ;
- J)** les noms, adresses et numéros de téléphones professionnels des franchisés, et des franchisés de tout affilié du franchiseur qui concèdent des franchises ayant en grande partie la même dénomination commerciale, dont les unités d'exploitation sont situées le plus près de l'unité d'exploitation proposée au futur franchisé, sans que les coordonnées ne doivent être données, en toute hypothèse, pour plus de [X] franchisés dans l'Etat du franchisé ou dans les Etats contigus, ou, en l'absence d'Etat contigu, dans l'Etat du franchiseur ;
- K)** tout renseignement concernant les franchisés du franchiseur et les franchisés de tout affilié du franchiseur qui concèdent des franchises ayant en grande partie la même dénomination commerciale qui ont cessé d'être franchisés au cours des trois dernières années fiscales précédant la date de conclusion du contrat, en précisant les motifs de la cessation ;
- L)** les informations suivantes ayant trait aux droits de propriété intellectuelle du franchiseur dont une licence est octroyée au franchisé, et en particulier, aux marques, brevets, droits d'auteurs, et droits attachés aux logiciels :
- i)** l'enregistrement et/ou la demande d'enregistrement le cas échéant ;

**ii)** le nom du titulaire des droits de propriété intellectuelle et/ou celui de la personne demandant l'enregistrement, le cas échéant ;

**iii)** la date à laquelle s'éteint l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle faisant l'objet de la licence ;

**iv)** les procédures judiciaires ou toute autre procédure légale engagées le cas échéant qui pourraient avoir des effets significatifs sur l'utilisation, exclusive ou non exclusive, par le franchisé des droits de propriété intellectuelle résultant du contrat de franchise, dans l'Etat où l'activité commerciale franchisée doit être exploitée ;

**M)** les informations sur les catégories de marchandises et/ou les services que le franchisé est tenu d'acheter ou louer, en indiquant :

**i)** si certaines d'entre elles doivent être achetées ou louées auprès du franchiseur, de ses affiliés, ou auprès d'un fournisseur désigné par le franchiseur ;

**ii)** si le franchisé a le droit de soumettre d'autres fournisseurs de son choix à l'agrément du franchiseur ;

**iii)** si toute source de revenus ou avantages que le franchiseur ou ses affiliés peuvent recevoir directement ou indirectement en provenance de tout fournisseur de marchandises et/ou de services à destination du franchisé, tels que les rabais, bonifications, ou autres remises au regard de ces marchandises et/ou services, sont complètement transmis au futur franchisé ou, si tel n'est pas le cas, si le franchiseur ou le fournisseur recommandé par le franchiseur font une marge de profit ;

**N)** tout élément d'information financière incluant :

**i) a)** une évaluation du montant total de l'investissement initial du futur franchisé ;

**b)** les modes de financements proposés ou facilités par le franchiseur le cas échéant ;

**c)** les états financiers du franchiseur et, lorsque disponibles, les états financiers audités ou autrement vérifiés de manière indépendante, et notamment les comptes d'exploitation et de pertes et profits pour les trois années précédentes. Les franchiseurs, dont la création remonte à moins de trois ans, sont tenus de divulguer les mêmes documents, élaborés depuis qu'ils sont en activité ;

**ii) a)** Si une information est délivrée au futur franchisé, par le franchiseur ou en son nom, concernant les résultats financiers passés ou les projections financières d'unités exploitées en propre par le franchiseur, ses affiliés ou ses franchisés, cette information doit :

**aa)** reposer sur une base raisonnable au moment où elle est établie ;

**bb)** inclure les hypothèses importantes ayant permis sa préparation et fondé sa présentation ;

**cc)** préciser si elle est basée sur des résultats effectifs d'unités d'exploitation existantes ;

**dd)** spécifier si elle est basée sur des unités d'exploitation appartenant au franchiseur et/ou aux franchisés ; et

**ee)** indiquer le pourcentage d'unités d'exploitation dont les résultats correspondent à l'éventail de ceux cités en comparaison ou qui les dépassent.

**b)** Si l'information financière visée dans le précédent sous-paragraphe est fournie, le franchiseur doit spécifier que les niveaux de performance effectivement atteints par l'unité d'exploitation proposée au futur franchisé, peuvent être différents de ceux qui se trouvent énoncés dans l'information fournie par le franchiseur ;

**O)** Le franchiseur est tenu de présenter au candidat à la franchise une description de :

**i)** l'état général du marché des produits ou services faisant l'objet du contrat ;

**ii)** l'état local du marché des produits ou services faisant l'objet du contrat ;

**iii)** les perspectives de développement du marché ; et

**P)** toute autre information pouvant empêcher que le document d'information puisse tromper un futur franchisé normalement avisé.

**2)** Le document d'information comprendra également l'information suivante ; toutefois, lorsque cette information est contenue dans le contrat de franchise, le franchiseur peut simplement, dans le document d'information, renvoyer aux sections pertinentes du contrat de franchise. Le fait de ne pas inclure les points d'information suivants dans le contrat de franchise proposé sera mentionné dans le document d'information :

**A)** la durée et les conditions de renouvellement de la franchise, le cas échéant ;

**B)** une description des programmes de formation initiale et continue ;

**C)** l'étendue de tout droit d'exclusivité devant être accordé, le cas échéant, en incluant les droits d'exclusivité relatifs au territoire et/ou à la clientèle, ainsi que l'information sur tout droit que le franchiseur se réserve

**i)** d'utiliser ou d'accorder une licence d'utilisation des marques couvertes par le contrat de franchise ;

**ii)** de vendre ou de distribuer les marchandises et/ou les services autorisés à la vente par le franchisé, directement ou indirectement à travers le même ou tout autre réseau de distribution, que ce soit sous les marques prévues dans le contrat de franchise ou toute autre marque ;

**D)** les conditions dans lesquelles le franchiseur peut mettre fin au contrat de franchise et les effets d'une telle résiliation ;

**E)** les conditions dans lesquelles le franchisé peut mettre fin au contrat de franchise et les effets d'une telle résiliation ;

- F)** toute restriction imposée, le cas échéant, au franchisé, relative au territoire et/ou à la clientèle ;
  - G)** toute clause de non-concurrence applicable pendant ou après le contrat de franchise ;
  - H)** la redevance initiale de franchise, si une part de la redevance est remboursable et les termes et conditions dans lesquelles le remboursement sera effectué ;
  - I)** toute autre rémunération ou tout autre règlement incluant toute majoration de redevances, imposée par le franchiseur à l'effet de compenser l'impôt retenu à la source ;
  - J)** les restrictions ou conditions imposées au franchisé concernant les marchandises et/ou les services que le franchisé a le droit de vendre ;
  - K)** les conditions requises pour la cession et toute autre forme de transfert de la franchise ; et
  - L)** toute clause relative au choix de la loi applicable et à l'élection du for ainsi que tout mode de résolution des litiges sélectionné.
- 3)** Si la franchise est une franchise principale, le sous-franchiseur devra fournir au sous franchisé, outre les informations prévues aux dispositions des paragraphes 1 et 2, les informations concernant le franchiseur qui sont stipulées aux paragraphes 1(A), (E), (H), et 2 (C), et (F) du présent article, de même qu'il devra informer le candidat sous-franchisé de la situation des contrats de sous-franchise dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de franchise principale et de son contenu.

#### **ARTICLE 7 (ACCUSE DE RÉCEPTION DU DOCUMENT D'INFORMATION) :**

Sur demande du franchiseur, le futur franchisé devra confirmer par écrit la réception du document d'information.

#### **ARTICLE 8 (VOIES DE RECOURS) :**

- 1)** Si le document d'information ou la notification d'une modification importante :
- A)** n'a pas été délivré dans le délai fixé à l'article 3 ;
  - B)** contient une déclaration d'un fait essentiel tendant à induire en erreur ; ou
  - C)** présente l'omission d'un fait essentiel ; le franchisé peut, 30 jours après avoir notifié par écrit son intention au franchiseur, mettre fin au contrat de franchise et/ou demander au franchiseur de l'indemniser du préjudice subi du fait des comportements décrits aux sous-paragraphes A, B et C, à moins que le franchisé n'ait obtenu par d'autres moyens l'information devant être divulguée, ou bien qu'il ne se soit pas fondé sur une telle

déclaration, ou encore que mettre fin au contrat constitue au regard des circonstances une mesure disproportionnée.

2) Les voies de recours dont dispose le franchisé conformément à cet article doivent être exercées au plus tard :

A) un an après l'acte ou l'omission constituant le manquement sur lequel est basé le droit de mettre fin au contrat ;

B) trois ans après l'acte ou l'omission constituant le manquement sur lequel est basé le droit de demander la réparation du préjudice subi ;

C) un an après le moment où le franchisé a connaissance des faits ou des circonstances indiquant raisonnablement qu'il est en droit de demander réparation du préjudice subi ; ou

D) 90 jours après la remise au franchisé d'un écrit rectificatif indiquant les détails du manquement accompagné du document d'information du franchiseur révisé.

3) Les droits conférés par le paragraphe 1 du présent article ne privent pas le franchisé de tout autre droit dont il peut disposer selon la loi applicable.

4) Toute question relative à la fin du contrat et aux dommages et intérêts qui n'est pas expressément réglée au présent article est régie par la loi applicable.

#### **ARTICLE 9 (CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL) :**

La présente loi s'applique à un contrat de franchise qu'il soit conclu ou renouvelé après son entrée en vigueur.

#### **ARTICLE 10 (RENONCIATIONS) :**

La renonciation par le franchisé à un droit conféré par la présente loi est nulle.



# **THE INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION'S CODE OF ETHICS**

## **PREFACE**

The International Franchise Association Code of Ethics is intended to establish a framework for the implementation of best practices in the franchise relationships of IFA members. The Code represents the ideals to which all IFA members agree to subscribe in their franchise relationships. The Code is one component of the IFA's self-regulation program, which also includes the IFA Ombudsman and revisions to the IFA bylaws that will streamline the enforcement mechanism for the Code.

The Code is not intended to anticipate the solution to every challenge that may arise in a franchise relationship, but rather to provide a set of core values that are the basis for the resolution of the challenges that may arise in franchise relationships.

Also the Code is not intended to establish standards to be applied by third parties, such as the courts, but to create a framework under which IFA and its members will govern themselves. The IFA's members believe that adherence to the values expressed in the IFA Code will result in healthy, productive, and mutually beneficial franchise relationships. The Code, like franchising, is dynamic and may be revised to reflect the most current developments in structuring and maintaining franchise relationships.

## **TRUST, TRUTH, AND HONESTY :**

### **Foundations of Franchising**

Every franchise relationship is founded on the mutual commitment of both parties to fulfill their obligations under the franchise agreement. Each party will fulfill its obligations, will act consistent with the interests of the brand and will not act so as to harm the brand and system. This willing interdependence between franchisors and franchisees, and the trust and honesty upon which it is founded, has made franchising a worldwide success as a strategy for business growth.

Honesty embodies openness, candor, and truthfulness. Franchisees and franchisors commit to sharing ideas and information and to facing challenges in clear and direct terms. IFA members will be sincere in word, act, and character — reputable and without deception.

The public image and reputation of the franchise system is one of its most valuable and enduring assets. A positive image and reputation will create value for franchisors and franchisees, attract investment in existing and new outlets from franchisees and from new franchise operators, help capture additional market share, and enhance consumer loyalty and satisfaction. This can only be achieved with trust, truth, and honesty between franchisors and franchisees.

## **MUTUAL RESPECT AND REWARD :**

### **Winning Together, As A Team**

The success of franchise systems depends upon both franchisors and franchisees attaining their goals. The IFA's members believe that franchisors cannot be successful unless their franchisees are also successful, and conversely, that franchisees will not succeed unless their franchisor is also successful. IFA members believe that a franchise system should be committed to help its franchisees succeed, and that such efforts are likely to create value for the system and attract new investment in the system.

IFA's members are committed to showing respect and consideration for each other and to those with whom they do business. Mutual respect includes recognizing and honoring extraordinary achievement and exemplary commitment to the system. IFA members believe that franchisors and franchisees share the responsibility for improving their franchise system in a manner that rewards both franchisors and franchisees.

## **OPEN AND FREQUENT COMMUNICATION :**

### **Successful franchise systems thrive on it**

IFA's members believe that franchising is a unique form of business relationship. Nowhere else in the world does there exist a business relationship that embodies such a significant degree of

mutual interdependence. IFA members believe that to be successful, this Unique relationship requires continual and effective communication between franchisees and franchisors.

IFA's members recognize that misunderstanding and loss of trust and consensus on the direction of a franchise system can develop if franchisors and franchisees fail to communicate effectively. Effective communication requires openness, candor, and trust and is an integral component of a successful franchise system. Effective communication is an essential predicate for consensus and collaboration, the resolution of differences, progress, and innovation.

To foster franchising as a unique and enormously successful relationship, IFA's members commit to establishing and maintaining programs that promote effective communication within franchise systems. These programs should be widely publicized within systems, available to all members of the franchise system, and should facilitate frequent dialogue within franchise systems. IFA members are encouraged to also utilize the IFA Ombudsman to assist in enhancing communication and collaboration about issues affecting the franchise system.

## **OBEY THE LAW :**

### **A responsibility to preserve the promise of franchising**

IFA's members enthusiastically support full compliance with, and vigorous enforcement of, all applicable federal and state franchise regulations. This commitment is fundamental to enhancing and safeguarding the business environment for franchising. IFA's members believe that the information provided during the presale disclosure process is the cornerstone of a positive business climate for franchising, and is the basis for successful and mutually beneficial franchise relationships.

## **CONFLICT RESOLUTION :**

IFA's members are realistic about franchise relationships, and recognize that from time to time disputes will arise in those relationships. IFA's members are committed to the amicable and prompt resolution of these disputes. IFA members believe that franchise systems should establish a method for internal dispute resolution and should publicize and encourage use of such dispute resolution mechanisms. For these reasons, the IFA has created the IFA Ombudsman program, an independent third-party who can assist franchisors and franchisees by facilitating dialogue to avoid disputes and to work together to resolve disputes. The IFA also strongly recommends the use of

the National Franchise Mediation Program (NFIVIP) when a more structured mediation service is needed to help resolve differences.

### **Support of IFA and the Member Code of Ethics**

Franchisees and franchisera have a responsibility to voice their concerna and offer suggestions on how the Code and the International Franchise Association can best meet the needs of its members. Franchisera and franchisees commit to supporting and promoting the initiatives of the IFA and advocating adherence to the letter and spirit of the Member Code of Ethics. Members who feel that another member has violated the Code in their U.S. operations may file a formai written complaint with the President of the IFA.

# The Federal Trade Commission Rules of USA

## Article Ier Sherman Act :

« Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal ».

## *FTC Rule : Code of Federal Regulations*

### **Title 16. Commercial Practices**

#### *Chapter I Federal Trade Commission*

##### Subchapter D. Trade Regulation Rules

##### *Part 436. Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising*

##### Subpart A. Definitions § 436.1 Definitions

Unless stated otherwise, the following definitions apply throughout part 436 :

- (a) Action includes complaints, cross daims, counterclaims, and third-party complaints in a judicial action or proceeding, and their equivalents in an administrative action or arbitration.
- (b) Affiliate means an entity controlled by, controlling, or under common control with, another entity.
- (c) Confidentiality clause means any contract, order, or settlement provision that directly or indirectly restricts a current or former franchisee from discussing his or her personal experience as a franchisee in the franchisor's system with any prospective franchisee. It does not include clauses that protect franchisor's trademarks or other proprietary information.
- (d) Disclose, state, describe, and list each mean to present all material facts accurately, clearly, concisely, and legibly in plain English.
- (e) Financial performance representation means any representation, including any oral, written, or visual representation, to a prospective franchises, including a representation in the general media, that states, expressly or by implication, a specific level or range of actual or potential sales, incarne, gross profits, or net profits. The term includes a chart, table, or mathematical calculation that shows possible results based on a combination of variables.

(f) Fiscal year refers to the franchisor's fiscal year.

(g) Fractional franchise means a franchise relationship that satisfies the following criteria when the relationship is created :

(1) The franchisee, any of the franchisee's current directors or officers, or any current directors or officers of a parent or affiliate, has more than two years of experience in the same type of business ; and

(2) The parties have a reasonable basis to anticipate that the sales arising from the relationship will not exceed 20 % of the franchisee's total dollar volume in sales during the first year of operation.

(h) Franchise means any continuing commercial relationship or arrangement, whatever it may be called, in which the terms of the offer or contract specify, or the franchise seller promises or represents, orally or in writing, that :

(1) The franchisee will obtain the right to operate a business that is identified or associated with the franchisor's trademark, or to offer, sell, or distribute goods, services, or commodities that are identified or associated with the franchisor's trademark ;

(2) The franchisor will exert or has authority to exert a significant degree of control over the franchisee's method of operation, or provide significant assistance in the franchisee's method of operation ; and

(3) As a condition of obtaining or commencing operation of the franchise, the franchisee makes a required payment or commits to make a required payment to the franchisor or its affiliate.

(i) Franchisee means any person who is granted a franchise.

(j) Franchise seller means a person that offers for sale, sells, or arranges for the sale of a franchise. It includes the franchisor and the franchisor's employees, representatives, agents, subfranchisors, and third-party brokers who are involved in franchise sales activities. It does not include existing franchisees who sell only their own outlet and who are otherwise not engaged in franchise sales on behalf of the franchisor.

(k) Franchisor means any person who grants a franchise and participates in the franchise relationship. Unless otherwise stated, it includes subfranchisors. For purposes of this definition, a "subfranchisor" means a person who functions as a franchisor by engaging in both pre-sale activities and post-sale performance.

(1) Leased department means an arrangement whereby a retailer licenses or otherwise permits a seller to conduct business from the retailer's location where the seller purchases no goods, services, or commodities directly or indirectly from the retailer, a person the retailer requires the seller to do business with, or a retailer-affiliate if the retailer advises the seller to do business with the affiliate.

(m) Parent means an entity that controls another entity directly, or indirectly through one or more subsidiaries.

(n) Person means any individual, group, association, limited or general partnership, corporation, or any other entity.

(o) Plain English means the organization of information and language usage understandable by a person unfamiliar with the franchise business. It incorporates short sentences ; definite, concrete, everyday language ; active voice ; and tabular presentation of information, where possible. It avoids legal jargon, highly technical business terms, and multiple negatives.

(p) Predecessor means a person from whom the franchisor acquired, directly or indirectly, the major portion of the franchisor's assets.

(q) Principal business address means the street address of a person's home office in the United States. A principal business address cannot be a post office box or private mail drop.

(r) Prospective franchisee means any person (including any agent, representative, or employee) who approaches or is approached by a franchise seller to discuss the possible establishment of a franchise relationship.

(s) Required payment means all consideration that the franchisee must pay to the franchisor or an affiliate, either by contract or by practical necessity, as a condition of obtaining or commencing operation of the franchise. A required payment does not include payments for the purchase of reasonable amounts of inventory at bona fide wholesale prices for resale or lease.

(t) Sale of a franchise includes an agreement whereby a person obtains a franchise from a franchise seller for value by purchase, license, or otherwise. It does not include extending or renewing an existing franchise agreement where there has been no interruption in the franchisee's operation of the business, unless the new agreement contains terms and conditions that differ materially from the original agreement. It also does not include the transfer of a franchise by an existing franchisee where the franchisor has had no significant involvement with the prospective transferee. A franchisor's approval or disapproval of a transfer alone is not deemed to be significant involvement.

(u) Signature means a person's affirmative step to authenticate his or her identity. It includes a person's handwritten signature, as well as a person's use of security codes, passwords, electronic signatures, and similar devices to authenticate his or her identity.

(v) Trademark includes trademarks, service marks, names, logos, and other commercial symbols.

(w) Written or in writing means any document or information in printed form or in any form capable of being preserved in tangible form and read. It includes : type-set, word processed, or handwritten document ; information on computer disk or CD-ROM ; information sent via email ; or information posted on the Internet. It does not include mere oral statements.

#### Subpart B. Franchisor's Obligations

##### **§ 436.2 Obligation to furnish documents.**

In connection with the offer or sale of a franchise to be located in the United States of America or its territories, unless the transaction is exempted under Subpart E of this part, it is an unfair or deceptive act or practice in violation of Section 5 of the *Federal Trade Commission Act*:

(a) For any franchisor to fail to furnish a prospective franchisee with a copy of the franchisor's current disclosure document, as described in Subparts C and D of this part, at least 14 calendar-days before the prospective franchisee signs a binding agreement with, or makes any payment to, the franchisor or an affiliate in connection with the proposed franchise sale.

(b) For any franchisor to alter unilaterally and materially the terms and conditions of the basic franchise agreement or any related agreements attached to the disclosure document without furnishing the prospective franchisee with a copy of each revised agreement at least seven calendar-days before the prospective franchisee signs the revised agreement. Changes to an agreement that arise out of negotiations initiated by the prospective franchisee do not trigger this seven calendar-day period.

(c) For purposes of paragraphs (a) and (b) of this section, the franchisor has furnished the documents by the required date if :

- (1) A copy of the document was hand-delivered, faxed, emailed, or otherwise delivered to the prospective franchisee by the required date ;
- (2) Directions for accessing the document on the Internet were provided to the prospective franchisee by the required date ; or
- (3) A paper or tangible electronic copy (for example, computer disk or CD-ROM) was sent to the address specified by the prospective franchisee by first-class United States mail at least three calendar days before the required date.

#### **Subpart C. Contents of a Disclosure Document § 436.3 Cover page.**

Begin the disclosure document with a cover page, in the order and form as follows :

(a) The title "FRANCHISE DISCLOSURE DOCUMENT" in capital letters and bold type.



(b) The franchisor's name, type of business organization, principal business address, telephone number, and, if applicable, email address and primary home page address.

(c) A sample of the primary business trademark that the franchisee will use in its business.

(d) A brief description of the franchised business.

(e) The following statements :

(1) The total investment necessary to begin operation of a [franchise system name] franchise is [the total amount of Item 7 (§ 436.5(g))]. This includes [the total amount in Item 5 (§ 436.5(e))] that must be paid to the franchisor or affiliate.

(2) This disclosure document summarizes certain provisions of your franchise agreement and other information in plain English. Read this disclosure document and all accompanying agreements carefully. You must receive this disclosure document at least 14 calendar-days before you sign a binding agreement with, or make any payment to, the franchisor or an affiliate in connection with the proposed franchise sale. [The following sentence in bold type] Note, however, that no governmental agency has verified the information contained in this document.

(3) The terms of your contract will govern your franchise relationship. Don't rely on the disclosure document alone to understand your contract. Read all of your contract carefully. Show your contract and this disclosure document to an advisor, like a lawyer or an accountant.

(4) Buying a franchise is a complex investment. The information in this disclosure document can help you make up your mind. More information on franchising, such as "A Consumer's Guide to Buying a Franchise," which can help you understand how to use this disclosure document, is available from the *Federal Trade Commission*. You can contact the *FTC* at 1-877-FTC-HELP or by writing to the *FTC* at 600 Pennsylvania Avenue, NW., Washington, D.C. 20580. You can also visit the *FTC*'s home page at [www.ftc.gov](http://www.ftc.gov) for additional information. Call your state agency or visit your public library for other sources of information on franchising.

(5) There may also be laws on franchising in your state. Ask your state agencies about them.

(6) [The issuance date].

(f) A franchisor may include the following statement between the statements set out at paragraphs (e)(2) and (3) of this section : "You may wish to receive your disclosure document in another format that is more convenient for you.

To discuss the availability of disclosures in different formats, contact [name or office] at [address] and [telephone number]."

(g) Franchisors may include additional disclosures on the cover page, on a separate cover page, or addendum to comply with state pre-sale disclosure laws.

#### **§ 436.4 Table of contents.**

Include the following table of contents. State the page where each disclosure Item begins.

List all exhibits by letter, as shown in the following example. Table of Contents

1. The Franchisor and any Parents, Predecessors, and Affiliates
2. Business Experience
3. Litigation
4. Bankruptcy
5. Initial Fees
6. Other Fees
7. Estimated Initial Investment
8. Restrictions on Sources of Products and Services
9. Franchisee's Obligations
10. Financing
11. Franchisor's Assistance, Advertising, Computer Systems, and Training
12. Territory
13. Trademarks
14. Patents, Copyrights, and Proprietary Information
15. Obligation to Participate in the Actual Operation of the Franchise Business
16. Restrictions on What the Franchisee May Sell
17. Renewal, Termination, Transfer, and Dispute Resolution
18. Public Figures
19. Financial Performance Representations
20. Outlets and Franchisee Information
21. Financial Statements
22. Contracts
23. Receipts

#### **Exhibits**

A. Franchise Agreement

**§ 436.5 Disclosure items.**

(a) Item 1 : The Franchisor, and any Parents, Predecessors, and Affiliates. Disclose :

(1) The name and principal business address of the franchisor ; any parents ; and any affiliates that offer franchises in any line of business or provide products or services to the franchisees of the franchisor.

(2) The name and principal business address of any predecessors during the 10- year period immediately before the close of the franchisor's most recent fiscal year.

(3) The name that the franchisor uses and any names it intends to use to conduct business.

(4) The identity and principal business address of the franchisor's agent for service of process.

(5) The type of business organization used by the franchisor (for example, corporation, partnership) and the state in which it was organized.

(6) The following information about the franchisor's business and the franchises offered :

(i) Whether the franchisor operates businesses of the type being franchised.

(ii) The franchisor's other business activities.

(iii) The business the franchisee will conduct.

(iv) The general market for the product or service the franchisee will offer. In describing the general market, consider factors such as whether the market is developed or developing, whether the goods will be sold primarily to a certain group, and whether sales are seasonal. (v) In general terms, any laws or regulations specific to the industry in which the franchise business operates.

(vi) A general description of the competition.

(7) The prior business experience of the franchisor ; any predecessors listed in § 436.5(a)(2) of this part ; and any affiliates that offer franchises in any line of business or provide products or services to the franchisees of the franchisor, including :

(i) The length of time each has conducted the type of business the franchisee will operate.

(ii) The length of time each has offered franchises providing the type of business the franchisee will operate.

(iii) Whether each has offered franchises in other lines of business. If so, include :

(A) A description of each other line of business.

(B) The number of franchises sold in each other line of business.

(C) The length of time each has offered franchises in each other line of business.

(b) Item 2 : Business Experience. Disclose by name and position the franchisor's directors, trustees, general partners, principal officers, and any other individuals who will have management responsibility relating to the sale or operation of franchises offered by this document. For each person listed in this section, state his or her principal positions and employers during the past five years, including each position's starting date, ending date, and location.

(c) Item 3 : Litigation.

(1) Disclose whether the franchisor ; a predecessor ; a parent or affiliate who induces franchise sales by promising to back the franchisor financially or otherwise guarantees the franchisor's performance ; an affiliate who offers franchises under the franchisor's principal trademark ; and any person identified in § 436.5(b) of this part :

(i) Has pending against that person :

(A) An administrative, criminal, or material civil action alleging a violation of a franchise, antitrust, or securities law, or alleging fraud, unfair or deceptive practices, or comparable allegations.

(B) Civil actions, other than ordinary routine litigation incidental to the business, which are material in the context of the number of franchisees and the size, nature, or financial condition of the franchise system or its business operations.

(ii) Was a party to any material civil action involving the franchise relationship in the last fiscal year. For purposes of this section, "franchise relationship" means contractual obligations between the franchisor and franchisee directly relating to the operation of the franchised business (such as royalty payment and training obligations). It does not include actions involving suppliers or other third parties, or indemnification for tort liability.

(iii) Has in the 10-year period immediately before the disclosure document's issuance date:

(A) Been convicted of or pleaded nolo contendere to a felony charge.

(B) Been held liable in a civil action involving an alleged violation of a franchise, antitrust, or securities law, or involving allegations of fraud, unfair or deceptive

practices, or comparable allegations. "Held liable" means that, as a result of claims or counterclaims, the person must pay money or other consideration, must reduce an indebtedness by the amount of an award, cannot enforce its rights, or must take action adverse to its interests.

(2) Disclose whether the franchisor ; a predecessor ; a parent or affiliate who guarantees the franchisor's performance ; an affiliate who has offered or sold franchises in any one of business within the last 10 years ; or any other person identified in § 436.5(b) of this part is subject to a currently effective injunctive or restrictive order or decree resulting from a pending or concluded action brought by a public agency and relating to the franchise or to a Federal, State, or Canadian franchise, securities, antitrust, trade regulation, or trade practice law.

(3) For each action identified in paragraphs (c)(1) and (2) of this section, state the title, case number or citation, the initial filing date, the names of the parties, the forum, and the relationship of the opposing party to the franchisor (for example, competitor, supplier, lessor, franchisee, former franchisee, or class of franchisees). Except as provided in paragraph (c)(4) of this section, summarize the legal and factual nature of each claim in the action, the relief sought or obtained, and any conclusions of law or fact'. In addition, state :

(i) For pending actions, the status of the action.

(ii) For prior actions, the date when the judgment was entered and any damages or settlement terms<sup>2</sup>.

(iii) For injunctive or restrictive orders, the nature, terms, and conditions of the order or decree.

(iv) For convictions or pleas, the crime or violation, the date of conviction, and the sentence or penalty imposed.

(4) For any other franchisor-initiated suit identified in paragraph (c)(1)(ii) of this section, the franchisor may comply with the requirements of paragraphs (c)(3)(i) through (iv) of this section by listing individual suits under one common heading that will serve as the case summary (for example, "royalty collection suits").

(d) Item 4 : Bankruptcy.

(1) Disclose whether the franchisor ; any parent ; predecessor ; affiliate ; officer, or general partner of the franchisor, or any other individual who will have management responsibility relating to the sale or operation of franchises offered by

this document, has, during the 10-year period immediately before the date of this disclosure document :

(i) Filed as debtor (or had filed against it) a petition under the United States Bankruptcy Code ("Bankruptcy Code").

(ii) Obtained a discharge of its debts under the Bankruptcy Code.

(iii) Been a principal officer of a company or a general partner in a partnership that either filed as a debtor (or had filed against it) a petition under the Bankruptcy Code, or that obtained a discharge of its debts under the Bankruptcy Code while, or within one year after, the officer or general partner held the position in the company.

(2) For each bankruptcy, state :

(i) The current name, address, and principal place of business of the debtor.

(ii) Whether the debtor is the franchisor. If not, state the relationship of the debtor to the franchisor (for example, affiliate, officer).

(iii) The date of the original filing and the material facts, including the bankruptcy court, and the case name and number. If applicable, state the debtor's discharge date, including discharges under Chapter 7 and confirmation of any plans of reorganization under Chapters 11 and 13 of the Bankruptcy Code.

Franchisors may include a summary opinion of counsel concerning any action if counsel consent to use the summary opinion and the full opinion is attached to the disclosure document.

If a settlement agreement must be disclosed in this Item, all material settlement terms must be disclosed, whether or not the agreement is confidential. However, franchisors need not disclose the terms of confidential settlements entered into before commencing franchise sales. Further, any franchisor who has historically used only the Franchise Rule format, or who is new to franchising, need not disclose confidential settlements entered prior to the effective date of this Rule.

(3) Disclose cases, actions, and other proceedings under the laws of foreign nations relating to bankruptcy.

(e) Item 5 : Initial Fees. Disclose the initial fees and any conditions under which these fees are refundable. If the initial fees are not uniform, disclose the range or formula used to calculate the initial fees paid in the fiscal year before the issuance date and the factors that determined the amount. For this section, "initial fees" means

all fees and payments, or commitments to pay, for services or goods received from the franchisor or any affiliate before the franchisee's business opens, whether payable in lump sum or installments. Disclose installment payment terms in this section or in § 436.5(j) of this part.

(f) **Item 6 : Other Fees.** Disclose, in the following tabular form, all other fees that the franchisee must pay to the franchisor or its affiliates, or that the franchisor or its affiliates impose or collect in whole or in part for a third party. State the title "OTHER FEES" in capital letters using bold type. Include any formula used to compute the fees<sup>3</sup>.

**Item 6 Table**

*Other fees*

<b>Column 1 Type of fee</b>	<b>Column 2 Amount</b>	<b>Column 3 Due Date</b>	<b>Column 4 Remarks</b>

(1) In column 1, list the type of fee (for example, royalties, and fees for lease negotiations, construction, remodeling, additional training or assistance, advertising, advertising cooperatives, purchasing cooperatives, audits, accounting, inventory, transfers, and renewals).

(2) In column 2, state the amount of the fee.

(3) In column 3, state the due date for each fee.

(4) In column 4, include remarks, definitions, or caveats that elaborate on the information in the table. If remarks are long, franchisors may use footnotes instead of the remarks column. If applicable, include the following information in the remarks column or in a footnote :

(i) Whether the fees are payable only to the franchisor.

(ii) Whether the fees are imposed and collected by the franchisor.

(iii) Whether the fees are non-refundable or describe the circumstances when the fees are refundable.

(iv) Whether the fees are uniformly imposed.

(y) The voting power of franchisor-owned outlets on any fees imposed by cooperatives. If franchisor-owned outlets have controlling voting power, disclose the maximum and minimum fees that may be imposed.

(g) Item 7 : Estimated Initial Investment. Disclose, in the following tabular foim, the franchisee's estimated initial investment. State the title "YOUR ESTIMATED INITIAL INVESTMENT" in capital letters using bold type. Franchisors may include additional expenditure tables to show expenditure variations caused by differences such as in site location and premises size.

**Item 7 Table :**  
*Your estimated initial investment*

<b>Column 1 Type of expenditure</b>	<b>Column 2 Amount</b>	<b>Column 3 Method of payment</b>	<b>Column 4 When due</b>	<b>Column 4 To whom payment is to be made</b>
<b>Total.</b>				

(1) In column 1 :

(i) List each type of expense, beginning with pre-opening expenses. Include the following expenses, if applicable. Use footnotes to include remarks, definitions, or caveats that elaborate on the information in the Table.

(A) The initial franchise fee.

(B) Training expenses.

(C) Real property, whether purchased or leased.

(D) Equipment, fixtures, other fixed assets, construction, remodeling, leasehold improvements, and decorating costs, whether purchased or leased,

(E) Inventory to begin operating.

(F) Security deposits, utility deposits, business licenses, and other prepaid expenses.

(ii) List separately and by name any other specific required payments (for example, additional training, travel, or advertising expenses) that the franchisee must make to begin operations.

(iii) Include a category titled "Additional funds— [initial period]" for any other required expenses the franchisee will incur before operations begin and during the initial period of operations. State the initial period. A reasonable initial period is at least three months or a reasonable period for the industry. Describe in general terms the factors, basis, and experience that the franchisor considered or relied upon in formulating the amount required for additional funds.

(2) In column 2, state the amount of the payment. If the amount is unknown, use a low-high range based on the franchisor's current experience. If real property costs cannot be estimated in a



low-high range, describe the approximate size of the property and building and the probable location of the building (for example, strip shopping center, mall, downtown, rural, or highway).

(3) In column 3, state the method of payment.

(4) In column 4, state the due date.

(5) In column 5, state to whom payment will be made.

(6) Total the initial investment, incorporating ranges of fees, if used.

(7) In a footnote, state :

(i) Whether each payment is non-refundable, or describe the circumstances when each payment is refundable.

(ii) If the franchisor or an affiliate finances part of the initial investment, the amount that it will finance, the required down payment, the annual interest rate, rate factors, and the estimated loan repayments. Franchisors may refer to § 436.5(j) of this part for additional details.

(h) Item 8 : Restrictions on Sources of Products and Services. Disclose the franchisee's obligations to purchase or lease goods, services, supplies, fixtures, equipment, inventory, computer hardware and software, real estate, or comparable items related to establishing or operating the franchised business either from the franchisor, its designee, or suppliers approved by the franchisor, or under the franchisor's specifications. Include obligations to purchase imposed by the franchisor's written agreement or by the franchisor's practice<sup>4</sup> For each applicable obligation, state :

(1) The good or service required to be purchased or leased.

(2) Whether the franchisor or its affiliates are approved suppliers or the only approved suppliers of that good or service.

(3) Any supplier in which an officer of the franchisor owns an interest.

(4) How the franchisor grants and revokes approval of alternative suppliers, including :

(i) Whether the franchisor's criteria for approving suppliers are available to franchisees.

(ii) Whether the franchisor permits franchisees to contract with alternative suppliers who meet the franchisor's criteria.

(iii) Any fees and procedures to secure approval to purchase from alternative suppliers.

(iv) The time period in which the franchisee will be notified of approval or disapproval.

(y) How approvals are revoked.

(5) Whether the franchisor issues specifications and standards to franchisees, subfranchisees, or approved suppliers. If so, describe how the franchisor issues and modifies specifications.

(6) Whether the franchisor or its affiliates will or may derive revenue or other material consideration from required purchases or leases by franchisees. If so, describe the precise basis by which the franchisor or its affiliates will or may derive that consideration by stating :

(i) The franchisor's total revenue'.

(ii) The franchisor's revenues from all required purchases and leases of products and services.

(iii) The percentage of the franchisor's total revenues that are from required purchases or leases.

(iv) If the franchisor's affiliates also sell or lease products or services to franchisees, the affiliates' revenues from those sales or leases.

(7) The estimated proportion of these required purchases and leases by the franchisee to all purchases and leases by the franchisee of goods and services in establishing and operating the franchised businesses.

(8) If a designated supplier will make payment to the franchisor from franchisee purchases, disclose the basis for the payment (for example, specify a percentage or a flat amount). For purposes of this disclosure, a "payment" includes the sale of similar goods or services to the franchisor at a lower price than to franchisees.

(9) The existence of purchasing or distribution cooperatives.

(10) Whether the franchisor negotiates purchase arrangements with suppliers, including price teints, for the benefit of franchisees.

( 11 ) Whether the franchisor provides material benefits (for example, renewal or granting additional franchises) to a franchisee based on a franchisee's purchase of particular products or services or use of particular suppliers.

(i) Item 9 Franchisee's Obligations. Disclose, in the following tabular form, a list of the franchisee's principal obligations. State the title "FRANCHISEE'S OBLIGATIONS" in capital letters using bold type. • Cross-reference each listed obligation with any applicable section of the franchise or other agreement and with the relevant disclosure document provision. If a particular obligation is not applicable, state "Not Applicable." Include additional obligations, as warranted.

**Item 9 Table :**

*Franchisee's obligations*

**[In bold] This table lists your principal obligations under the franchise and other agreements. It will help you find more detailed information about your obligations in these agreements and in other items of this disclosure document.**

<b>Obligation</b>	<b>Section in agreement</b>	<b>Disclosure Document item</b>
a. Site selection and acquisition/lease		
b. Pre-opening purchase/leases		
c. Site development and other pre-opening requirements		
d. Initial and ongoing training		
e. Opening		
f. Fees		
g. Compliance with standards and policies/operating manual		
h. Trademarks and proprietary information		
i. Restrictions on products/services offered		
j. Warranty and customer service requirements		
k. Territorial development and sales quotas		
l. Ongoing product/service purchases		
m. Maintenance, appearance, and remodeling requirements		
n. Insurance		
o. Advertising		
p. Indemnification		
q. Owner's participation/management/staffing		
r. Records and reports		
s. Inspections and audits		
t. Transfer		
u. Renewal		
y. Post-termination obligations		
w. Non-competition covenants		
x. Dispute resolution		
y. Other (describe)		

(j) Item 10 : Financing.

(1) Disclose the terms of each financing arrangement, including leases and installment contracts, that the franchisor, its agent, or . affiliates offer directly or indirectly to the franchiseeG. The franchisor may summarize the terras of each financing arrangement in tabular form, using footnotes to provide additional information. For a sample Item 10 table, see Appendix A of this part. For each financing arrangement, state :

- (i) What the financing covers (for example, the initial franchise fee, site acquisition, construction or remodeling, initial or replacement equipment or fixtures, opening or ongoing inventory or supplies, or other continuing expenses)'.
  - (ii) The identity of each lender providing financing and their relationship to the franchisor (for example, affiliate).
  - (iii) The amount of financing offered or, if the amount depends on an actual cost that may vary, the percentage of the cost that will be financed.
  - (iv) The rate of interest, plus finance charges, expressed on an annual basis. If the rate of interest, plus finance charges, expressed on an annual basis, may differ depending on when the financing is issued, state what that rate was on a specified recent date.
  - (v) The number of payments or the period of repayment.
  - (vi) The nature of any security interest required by the lender.
  - (vii) Whether a person other than the franchisee must personally guarantee the debt.
  - (viii) Whether the debt can be prepaid and the nature of any prepayment penalty.
  - (ix) The franchisee's potential liabilities upon default, including any :
    - (A) Accelerated obligation to pay the entire amount due ;
    - (B) Obligations to pay court costs and attorney's fees incurred in collecting the debt;
    - (C) Termination of the franchise ; and
    - (D) Liabilities from cross defaults such as those resulting directly from non-payment, or indirectly from the loss of business property.
  - (x) Other material financing terms.
- (2) Disclose whether the loan agreement requires franchisees to waive defenses or other legal rights (for example, confession of judgment), or bars franchisees from asserting a defense against the lender, the lender's assignee or the franchisor. If so, describe the relevant provisions.
- (3) Disclose whether the franchisor's practice or intent is to sell, assign, or discount to a third party all or part of the financing arrangement. If so, state :
  - (i) The assignment terms, including whether the franchisor will remain primarily obligated to provide the financed goods or services ; and
  - (ii) That the franchisee may lose all its defenses against the lender as a result of the sale or assignment.
- (4) Disclose whether the franchisor or an affiliate receives any consideration for placing financing with the lender. If such payments exist :

- (i) Disclose the amount or the method of determining the payment ; and
- (ii) Identify the source of the payment and the relationship of the source to the franchisor or its affiliates.

(k) Item 11 : Franchisor's Assistance, Advertising, Computer Systems, and Training. Disclose the franchisor's principal assistance and related obligations of both the franchisor and franchisee as follows. For each obligation, cite the section number of the franchise agreement imposing the obligation. Begin by stating the following sentence in bold type : "Except as listed below, [the franchisor] is not required to provide you with any assistance."

(1) Disclose the franchisor's pre-opening obligations to the franchisees, including any assistance in :

(i) Locating a site and negotiating the purchase or lease of the site. If such assistance is provided, state :

(A) Whether the franchisor generally owns the premises and leases it to the franchisee.

(B) Whether the franchisor selects the site or approves an area in which the franchisee selects a site. If so, state further whether and how the franchisor must approve a franchisee-selected site.

(C) The factors that the franchisor considers in selecting or approving sites (for example, general location and neighborhood, traffic patterns, parking, size, physical characteristics of existing buildings, and lease terms).

(D) The time limit for the franchisor to locate or approve or disapprove the site and the consequences if the franchisor and franchisee cannot agree on a site.

(ii) Conforming the premises to local ordinances and building codes and obtaining any required permits.

(iii) Constructing, remodeling, or decorating the premises.

(iv) Hiring and training employees.

(v) Providing for necessary equipment, signs, fixtures, opening inventory, and supplies. If any such assistance is provided, state :

(A) Whether the franchisor provides these items directly or only provides the names of approved suppliers.

(B) Whether the franchisor provides written specifications for these items.

(C) Whether the franchisor delivers or installs these items.

(2) Disclose the typical length of time between the earlier of the signing of the franchise agreement or the first payment of consideration for the franchise and the opening of the franchisee's business. Describe the factors that may affect the time period, such as ability to obtain a lease, financing or building pennits, zoning and

local ordinances, weather conditions, shortages, or delayed installation of equipment, fixtures, and signs.

(3) Disclose the franchisor's obligations to the franchisee during the operation of the franchise, including any assistance in :

- (i) Developing products or services the franchisee will offer to its customers.
- (ii) Hiring and training employees.
- (iii) Improving and developing the franchised business.
- (iv) .Establishing prices.
- (v) Establishing and using administrative, bookkeeping, accounting, and inventory control procedures.
- (vi) Resolving operating problems encountered by the franchisee.

(4) Describe the advertising program for the franchise system, including the following :

(i) The franchisor's obligation to conduct advertising, including :

(A) The media the franchisor may use.

(B) Whether media coverage is local, regional, or national.

(C) The source of the advertising (for example, an in-house advertising department or a national or regional advertising agency).

(D) Whether the franchisor must spend any amount on advertising in the area or territory where the franchisee is located.

(ii) The circumstances when the franchiser will permit franchisees to use their own advertising material.

(iii) Whether there is an advertising council composed of franchisees that advises the franchiser on advertising policies. If so, disclose :

(A) How members of the council are selected.

(B) Whether the council serves in an advisory capacity only or has operational or decision-making power.

(C) Whether the franchiser has the power to form, change, or dissolve the advertising council.

(iv) Whether the franchisee must participate in a local or regional advertising cooperative.

If so, state :

(A) How the area or membership of the cooperative is defined.

(B) How much the franchisee must contribute to the fund and whether other franchisees must contribute a different amount or at a different rate.

- (C) Whether the franchisor-owned outlets must contribute to the fund and, if so, whether those contributions are on the same basis as those for franchisees.
- (E) Who is responsible for administering the cooperative (for example, franchisor, franchisees, or advertising agency).
- (F) Whether cooperatives must operate from written governing document and whether the documents are available for the franchisee to review.
- (G) Whether cooperatives must prepare annual or periodic financial statements and whether the statements are available for review by the franchisee.
- (H) Whether the franchisor has the power to require cooperatives to be formed, changed, dissolved, or merged.
- (v) Whether the franchisee must participate in any other advertising fund. If so, state
- (A) Who contributes to the fund.
- (B) How much the franchisee must contribute to the fund and whether other franchisees must contribute a different amount or at a different rate.
- (C) Whether the franchisor-owned outlets must contribute to the fund and if so, whether it is on the same basis as franchisees.
- (D) Who administers the fund.
- (E) Whether the fund is audited and when it is audited.
- (F) Whether financial statements of the fund are available for review to the franchisee.
- (G) How the funds were used in the most recently concluded fiscal year, including the percentages spent on production, media placement, administrative expenses, and a description of any other use.
- (vi) If not all advertising funds are spent in the fiscal year in which they accrue, how the franchisor uses the remaining amount, including whether franchisees receive a periodic accounting of how advertising fees are spent.
- (vii) The percentage of advertising funds, if any, that the franchisor uses principally to solicit new franchise sales.
- (5) Disclose whether the franchisor requires the franchisee to buy or use electronic cash registers or computer systems. If so, describe the systems generally in non-technical language, including the types of data generated or stored in these systems, and state the following :
- (i) The cost of purchasing or leasing the systems.
- (ii) Any obligation of the franchisor, any affiliate, or third party to provide ongoing maintenance, repairs, upgrades, or updates.
- (iii) Any obligations of the franchisee to upgrade or update any system during the term of the franchise, and, if so, any contractual limitation on the frequency and cost of the obligation.

(iv) The annual cost of any optional or required maintenance, update, upgrading, or support contracts.

(y) Whether the franchisor will have independent access to the information that will be generated or stored in any electronic database register or computer system. If so, describe the information that the franchisor may access and whether there are any contractual limitations on the franchisor's right to access the information.

(6) Disclose the table of contents of the franchisor's operating manual provided to franchisees as of the franchisor's last fiscal year-end or a more recent date. State the number of pages devoted to each subject and the total number of pages in the manual as of this date. This disclosure may be omitted if the franchisor offers the prospective franchisee the opportunity to view the manual before buying the franchise.

(7) Disclose the franchisor's training program as of the franchisor's last fiscal year-end or a more recent date.

(u) Describe the training program in the following tabular form. Title the table "TRAINING PROGRAM" in capital letters and bold type.

**Item 11 Table**

*Training program*

<b>Column 1 Subject</b>	<b>Column 2 Hours of Classroom Training</b>	<b>Column 3 Hours of On- The-Job Training</b>	<b>Column 4 Location</b>

- (A) In column 1, state the subjects taught.
- (B) In column 2, state the hours of classroom training for each subject.
- (C) In column 3, state the hours of on-the-job training for each subject.
- (D) In column 4, state the location of the training for each subject.

(ii) State further :

(A) How often training classes are held and the nature of the location or facility where training is held (for example, company, home, office, franchisor-owned store).

(B) The nature of instructional materials and the instructor's experience, including the instructor's length of experience in the field and with the franchisor. State only experience relevant to the subject taught and the franchisor's operations.

(C) Any charges franchisees must pay for training and who must pay travel and living expenses of the training program enrollees.



(D) Who may and who must attend training. State whether the franchisee or other persons must complete the program to the franchisor's satisfaction. If successful completion is required, state how long after signing the agreement or before opening the business the training must be completed. If training is not mandatory, state the percentage of new franchisees that enrolled in the training program during the preceding 12 months.

(E) Whether additional training programs or refresher courses are required. (1) Item 12: Territory.

**Disclose :**

(1) Whether the franchise is for a specific location or a location to be approved by the franchisor.

(2) Any minimum territory granted to the franchisee (for example, a specific radius, a distance sufficient to encompass a specified population, or another specific designation).

(3) The conditions under which the franchisor will approve the relocation of the franchised business or the franchisee's establishment of additional franchised outlets.

(4) Franchisee options, rights of first refusal, or similar rights to acquire additional franchises.

(5) Whether the franchisor grants an exclusive territory.

(i) If the franchisor does not grant an exclusive territory, state : "You will not receive an exclusive territory. You may face competition from other franchisees, from outlets that we own, or from other channels of distribution or competitive brands that we control."

(ii) If the franchisor grants an exclusive territory, disclose :

(A) Whether continuation of territorial exclusivity depends on achieving a certain sales volume, market penetration, or other contingency, and the circumstances when the franchisee's territory may be altered. Describe any sales or other conditions. State the franchisor's rights if the franchisee fails to meet the requirements.

(B) Any other circumstances that permit the franchisor to modify the franchisee's territorial rights (for example, a population increase in the territory giving the franchisor the right to grant an additional franchise in the area) and the effect of such modifications on the franchisee's rights.

(6) For all territories (exclusive and non-exclusive) :

(i) Any restrictions on the franchisor from soliciting or accepting orders from consumers inside the franchisee's territory, including :

(A) Whether the franchisor or an affiliate has used or reserves the right to use other channels of distribution, such as the Internet, catalog sales, telemarketing, or other direct marketing sales, to make

sales within the franchisee's territory using the franchisor's principal trademarks.

(B) Whether the franchisor or an affiliate has used or reserves the right to use other channels of distribution, such as the Internet, catalog sales, telemarketing, or other direct marketing, to make sales within the franchisee's territory of products or services under trademarks different from the ones the franchisee will use under the franchise agreement.

(C) Any compensation that the franchisor must pay for soliciting or accepting orders from inside the franchisee's territory.

(ii) Any restrictions on the franchisee from soliciting or accepting orders from consumers outside of his or her territory, including whether the franchisee has the right to use other channels of distribution, such as the Internet, catalog sales, telemarketing, or other direct marketing, to make sales outside of his or her territory.

(iii) If the franchisor or an affiliate operates, franchises, or has plans to operate or franchise a business under a different trademark and that business sells or will sell goods or services similar to those the franchisee will offer, describe :

(A) The similar goods and services.

(B) The different trademark.

(C) Whether outlets will be franchisor owned or operated.

(D) Whether the franchisor or its franchisees who use the different trademark will solicit or accept orders within the franchisee's territory.

(E) The timetable for the plan.

(F) How the franchisor will resolve conflicts between the franchisor and franchisees and between the franchisees of each system regarding territory, customers, and franchiser support.

(G) The principal business address of the franchisor's similar operating business. If it is the same as the franchisor's principal business address stated in § 436.5(a) of this part, disclose whether the franchisor maintains (or plans to maintain) physically separate offices and training facilities for the similar competing business.

(m) Item 13 : Trademarks.

(1) Disclose each principal trademark to be licensed to the franchisee. For this Item, "principal trademark" means the primary trademarks, service marks, names, logos, and commercial symbols the franchisee will use to identify the franchised business. It may not include every trademark the franchisor owns.

(2) Disclose whether each principal trademark is registered with the United States Patent and Trademark Office. If so, state :

- (i) The date and identification number of each trademark registration.
  - (ii) Whether the franchisor has filed all required affidavits.
  - (iii) Whether any registration has been renewed.
  - (iv) Whether the principal trademarks are registered on the Principal or Supplemental Register of the United States Patent and Trademark Office.
- (3) If the principal trademark is not registered with the United States Patent and Trademark Office, state whether the franchisor has filed any trademark application, including any "intent to use" application or an application based on actual use. If so, state the date and identification number of the application.
- (4) If the trademark is not registered on the Principal Register of the United States Patent and Trademark Office, state : "We do not have a federal registration for our principal trademark. Therefore, our trademark does not have many legal benefits and rights as a federally registered trademark. If our right to use the trademark is challenged, you may have to change to an alternative trademark, which may increase your expenses."
- (5) Disclose any currently effective material determinations of the United States Patent and Trademark Office, the Trademark Trial and Appeal Board, or any state trademark administrator or court ; and any pending infringement, opposition, or cancellation proceeding. Include infringement, opposition, or cancellation proceedings in which the franchisor unsuccessfully sought to prevent registration of a trademark in order to protect a trademark licensed by the franchisor. Describe how the determination affects the ownership, use, or licensing of the trademark.
- (6) Disclose any pending material federal or state court litigation regarding the franchisor's use or ownership rights in a trademark. For each pending action, disclose :
- (i) The forum and case number.
  - (ii) The nature of claims made opposing the franchisor's use of the trademark or by the franchisor opposing another person's use of the trademark.
  - (iii) Any effective court or administrative agency ruling in the matter.
- (7) Disclose any currently effective agreements that significantly limit the franchisor's rights to use or license the use of trademarks listed in this section in a manner material to the franchise. For each agreement, disclose :
- (i) The manner and extent of the limitation or grant.
  - (ii) The extent to which the agreement may affect the franchisee.
  - (iii) The agreement's duration.
  - (iv) The parties to the agreement.

(v) The circumstances when the agreement may be canceled or modified.

(vi) All other material terms.

(8) Disclose :

(i) Whether the franchisor must protect the franchisee's right to use the principal trademarks listed in this section, and must protect the franchisee against claims of infringement or unfair competition arising out of the franchisee's use of the trademarks.

(ii) The franchisee's obligation to notify the franchisor of the use of, or claims of rights to, a trademark identical to or confusingly similar to a trademark licensed to the franchisee.

(iii) Whether the franchise agreement requires the franchisor to take affirmative action when notified of these uses or claims.

(iv) Whether the franchisor or franchisee has the right to control any administrative proceedings or litigation involving a trademark licensed by the franchisor to the franchisee.

(v) Whether the franchise agreement requires the franchisor to participate in the franchisee's defense and/or indemnify the franchisee for expenses or damages if the franchisee is a party to an administrative or judicial proceeding involving a trademark licensed by the franchisor to the franchisee, or if the proceeding is resolved unfavorably to the franchisee.

(vi) The franchisee's rights under the franchise agreement if the franchisor requires the franchisee to modify or discontinue using a trademark.

(9) Disclose whether the franchisor knows of either superior prior rights or infringing uses that could materially affect the franchisee's use of the principal trademarks in the state where the franchised business will be located. For each use of a principal trademark that the franchisor believes is an infringement that could materially affect the franchisee's use of a trademark, disclose :

(i) The nature of the infringement.

(ii) The locations where the infringement, is occurring.

(iii) The length of time of the infringement (to the extent known).

(iv) Any action taken or anticipated by the franchisor.

(n) Item 14 : Patents, Copyrights, and Proprietary Information.

(1) Disclose whether the franchisor owns rights in, or licenses to, patents or copyrights that are material to the franchise. Also, disclose whether the franchisor has any pending patent applications that are material to the franchise. If so, state :

(i) The nature of the patent, patent application, or copyright and its relationship to the franchise.

(ii) For each patent :

- (A) The duration of the patent.
- (B) The type of patent (for example, mechanical, process, or design).
- (C) The patent number, issuance date, and title.
- (iii) For each patent application :
  - (A) The type of patent application (for example, mechanical, process, or design).
  - (B) The serial number, filing date, and title.
- (iv) For each copyright :
  - (A) The duration of the copyright.
  - (B) The registration number and date.
  - (C) Whether the franchisor can and intends to renew the copyright.
- (2) Describe any current material determination of the United States Patent and Trademark Office, the United States Copyright Office, or a court regarding the patent or copyright. Include the forum and matter number. Describe how the determination affects the franchised business.
- (3) State the forum, case number, claims asserted, issues involved, and effective determinations for any material proceeding pending in the United States Patent and Trademark Office or any court'.

[FN9]

- (4) If an agreement limits the use of the patent, patent application, or copyright, state the parties to and duration of the agreement, the extent to which the agreement may affect the franchisee, and other material terms of the agreement.
- (5) Disclose the franchisor's obligation to protect the patent, patent application, or copyright ; and to defend the franchisee against claims arising from the franchisee's use of patented or copyrighted items, including
  - (i) Whether the franchisor's obligation is contingent upon the franchisee notifying the franchisor of any infringement claims or whether franchisee's notification is discretionary.
  - (ii) Whether the franchise agreement requires the franchisor to take affirmative action when notified of infringement.
  - (iii) Who has the right to control any litigation.
  - (iv) Whether the franchisor must participate in the defense of the franchisee or indemnify the franchisee for expenses or damages proceeding involving a patent, patent application, or copyright license to the franchisee.
  - (v) Whether the franchisor's obligation is contingent upon the franchisee modifying or discontinuing the use of the subject matter covered by the patent or copyright.

(vi) The franchisee's rights under the franchise agreement if franchisor requires the franchisee to modify or discontinue use of subject matter covered by the patent or copyright.

(6) If the franchisor knows of any patent or copyright infringement could materially affect the franchisee, disclose :

- (i) The nature of the infringement.
- (ii) The locations where the infringement is occurring.
- (iii) The length of time of the infringement (to the extent known)
- (iv) Any action taken or anticipated by the franchisor.

(7) If the franchisor claims proprietary rights in other confidential information or trade secrets, describe in general terms the proprietary information communicated to the franchisee and the terms for use by franchisee. The franchisor need only describe the general nature of proprietary information, such as whether a formula or recipe is considered to be a trade secret.

(o) Item 15 : Obligation to Participate in the Actual Operation of Franchise Business.

(1) Disclose the franchisee's obligation to participate personally in direct operation of the franchisee's business and whether the franchisor recommends participation. Include obligations arising from any agreement or from the franchisor's practice.

(2) If personal "on-premises" supervision is not required, disclose following :

- (i) If the franchisee is an individual, whether the franchisor requires on-premises supervision by the franchisee.
- (ii) Limits on whom the franchisee can hire as an on-pre supervisor.
- (iii) Whether an on-premises supervisor must successfully complete the franchisor's training program.
- (iv) If the franchisee is a business entity, the amount of equity interest, if any, that the on-premises supervisor must have in the franchisee's business.

(3) Disclose any restrictions that the franchisee must place on its manager (for example, maintain trade secrets, covenants not to compete).

(p) Item 16 : Restrictions on What the Franchisee May Sell. Disclose any franchisor-imposed restrictions or conditions on the goods or services that the franchisee may sell or that limit access to customers, including :

(1) Any obligation on the franchisee to sell only goods or services approved by the franchisor.

(2) Any obligation on the franchisee to sell all goods or services authorized by the franchisor.

(3) Whether the franchisor has the right to change the types of authorized goods or

services and whether there are limits on the franchisor's right to make changes.

(q) Item 17 : Renewal, Termination, Transfer, and Dispute Resolution. Disclose, in the following tabular form, a table that cross-references each enumerated franchise relationship item with the applicable provision in the franchise or related agreement. Title the table "THE FRANCHISE RELATIONSHIP" in capital letters and bold type.

(1) Describe briefly each contractual provision. If a particular item is not applicable, state "Net Applicable."

(2) If the agreement is silent about one of the listed provisions, but the franchiser unilaterally offers to provide certain benefits or protections to franchisees as a matter of policy, use a footnote to describe the policy and state whether the policy is subject to change.

(3) In the summary column for Item 17(c), state what the term "renewal" means for your franchise system, including, if applicable, a statement that franchisees may be asked to sign a contract with materially different terms and conditions than their original contract.

**Item 17 Table :**

***The franchise relationship***

[In bold] This table lists certain important provisions of the franchise and related agreements. You should read these provisions in the agreements attached to this disclosure document.

<b>Provision</b>	<b>Section in in franchise or other agreement</b>	<b>Summary</b>
a. Length of the franchise term		
b. Renewal or extension of the term		
c. Requirements for franchisee to renew or extend		
d. Termination by franchisee		
e. Termination by franchisor without cause		
f. Termination by franchisor with cause		
g. "Cause" defined - curable defaults		
h. "Cause" defined - non-curable defaults		
i. Franchisee's obligations on termination/		
j. Assignment of contract by franchisor		
k. "Transfer" by franchisee - defined		
l. Franchisor approval of transfer by franchisee		
m. Conditions for franchisor approval of transfer		

n. Franchisor's right of first refusal to acquire franchisee's business		
o. Franchisor's option to purchase franchisee's business		
p. Death or disability of franchisee		
q. Non-competition covenants during the term of the franchise		
r. Non-competition covenants after the franchise is terminated or expires		
s. Modification of the agreement		
t. integration/merger clause		
u. Dispute resolution by arbitration or mediation		
y. Choice of forum		
w. Choice of law		

### Item 18 : Public' Figures

#### Disclose :

(1) Any compensation or other benefit given or promised to a public figure arising from either the use of the public figure in the franchise name or symbol, or the public figure's endorsement or recommendation of the franchise to prospective franchisees.

(2) The extent to which the public figure is involved in the management or control of the franchisor. Describe the public figure's position and duties in the franchisor's business structure.

(3) The public figure's total investment in the franchisor, including the amount the public figure contributed in services performed or to be performed. State the type of investment (for example, common stock, promissory note).

(4) For purposes of this section, a public figure means a person whose name or physical appearance is generally known to the public in the geographic area where the franchise will be located.

(s) Item 19 : Financial Performance Representations.

(1) Begin by stating the following :

The FTC's Franchise Rule permits a franchisor to provide information about the actual or potential financial performance of its franchised and/or franchisorowned outlets, if there is a reasonable basis for the information, and if the information is included in the disclosure document. Financial performance information that differs from that included in Item 19 may be given only if :

(1) a franchisor provides the actual records of an existing outlet you are considering buying ; or (2) a franchisor supplements the information provided



in this Item 19, for example, by providing information about possible performance at a particular location or under particular circumstances.

(2) If a franchisor does not provide any financial performance representation in Item 19, also state :

We do not make any representations about a franchisee's future financial performance or the past financial performance of company-owned or franchised outlets. We also do not authorize our employees or representatives to make any such representations either orally or in writing. If you are purchasing an existing outlet, however, we may provide you with the actual records of that outlet. If you receive any other financial performance information or projections of your future income, you should report it to the franchisor's management by contacting [name, address, and telephone number], the Federal Trade Commission, and the appropriate state regulatory agencies.

(3) If the franchisor makes any financial performance representation to prospective franchisees, the franchisor must have a reasonable basis and written substantiation for the representation at the time the representation is made and must state the representation in the Item 19 disclosure. The franchisor must also disclose the following :

(i) Whether the representation is an historic financial performance representation about the franchise system's existing outlets, or a subset of those outlets, or is a forecast of the prospective franchisee's future financial performance.

(ii) If the representation relates to past performance of the franchise system's existing outlets, the material bases for the representation, including :

(A) Whether the representation relates to the performance of all of the franchise system's existing outlets or only to a subset of outlets that share a particular set of characteristics (for example, geographic location, type of location (such as free standing vs. shopping center), degree of competition, length of time the outlets have operated, services or goods sold, services supplied by the franchisor, and whether the outlets are franchised or franchisor-owned or operated).

(B) The dates when the reported level of financial performance was achieved.

(C) The total number of outlets that existed in the relevant period and, if different, the number of outlets that had the described characteristics.

(D) The number of outlets with the described characteristics whose actual financial performance data were used in arriving at the representation.

(E) Of those outlets whose data were used in arriving at the representation, the number and percent that actually attained or surpassed the stated results.

(F) Characteristics of the included outlets, such as those characteristics noted in paragraph (3)(ii)(A) of this section, that may differ materially from those of the outlet that may be offered to

a prospective franchisee.

(iii) If the representation is a forecast of future financial performance, state the material bases and assumptions on which the projection is based. The material assumptions underlying a forecast include significant factors upon which a franchisee's future results are expected to depend. These factors include, for example, economic or market conditions that are basic to a franchisee's operation, and encompass matters affecting, among other things, a franchisee's sales, the cost of goods or services sold, and operating expenses.

(iv) A clear and conspicuous admonition that a new franchisee's individual financial results may differ from the result stated in the financial performance representation.

(v) A statement that written substantiation for the financial performance representation will be made available to the prospective franchisee upon reasonable request.

(4) If a franchisor wishes to disclose only the actual operating results for a specific outlet being offered for sale, it need not comply with this section, provided the information is given only to potential purchasers of that outlet.

(5) If a franchisor furnishes financial performance information according to this section, the franchisor may deliver to a prospective franchisee a supplemental financial performance representation about a particular location or variation, apart from the disclosure document. The supplemental representation must :

(i) Be in writing.

(ii) Explain the departure from the financial performance representation in the disclosure document.

(iii) Be prepared in accordance with the requirements of paragraph (s)(3)(i)- (iv) of this section.

(iv) Be furnished to the prospective franchisee.

(t) Item 20 : Outlets and Franchisee Information.

(1) Disclose, in the following tabular form, the total number of franchised and company-owned outlets for each of the franchisor's last three fiscal years. For purposes of this section, "outlet" includes outlets of a type substantially similar to that offered to the prospective franchisee. A sample Item 20(1) Table is attached as Appendix B to this part

**Item 20 Table N<sup>o</sup>. 1**  
***Systeinwide Outlet Suatmaty***  
***For years [ ] to [ ]***

Column 1 Outlet Type	Column 2 Year	Column 3 Outlet at Start of the year	Column 4 Outlet at the End of the year	Column 5 Net Change
Franchised	2004			
	2005			
	2006			
Company- Owned	2004			
	2005			
	2006			
Total Outlets	2004			
	2005			
	2006			

(i) In column 1, include three millet categories titled "franchised," "company-owned," and "total outlets."

(ii) In column 2, state the last three fiscal years.

(iii) In column 3, state the total number of each type of outlet operating at the beginning of each fiscal year.

(iv) In column 4, state the total number of each type of outlet operating at the end of each fiscal year.

(v) In column 5, state the net change, and indicate whether the change is positive or negative, for each type of outlet during each fiscal year.

(3) Disclose, in the following tabular form, the number of franchised and company-owned outlets and changes in the number and ownership of outlets located in each state during each of the last three fiscal years. Except as noted, each change in ownership shah be reported only once in the following tables. If multiple events occurred in the process of transferring ownership of an outlet, report the event that occurred last in time. If a single outlet changed ownership two or more times during the same fiscal year, use footnotes to describe the types of changes involved and the order in which the changes occurred.

(4)

(iii) Disclose, in the following tabular foret, the total number of franchised outlets transferred in each state during each of the franchisor's last three fiscal years. For purposes of this section, "transfer" means the acquisition of a controlling interest in a franchised outlet, during its terni, by a person other than the franchisor or an affiliate. A sample Item 20(2) Table is attached as Appendix C to this part.

**Item 20 Table No. 2**  
***Transfers of Outlets front Franchisees to New Owners***  
***(other than the franchisor)***

*For years [ ] to [ ]*

Column 1 State	Column 2 Year	Column 3 <i>Number of Transfers</i>
	2004	
	2005	
	2006	
	2004	
	2005	
	2006	
Total	2004	
	2005	
	2006	

In column 1, list each state with one or more franchised outlets.

(A) In column 2, state the last three fiscal years.

(B) In column 3, state the total number of completed transfers in each state during each fiscal year.

**(iv)** Disclose, in the following tabular form, the status of franchiseeowned outlets located in each state for each of the franchisor's last three fiscal years. A sample Item 20(3) Table is attached as Appendix D to this part.

**item 20 Table N°. 3**  
***Status of Franchised Outlets***  
*For years [ ] to [ ]*

Comumn state	Comumn 2 year	Comumn 3 Outlets et State year	Comumn 4 Outlets opened	Comumn 5 termination	Comumn 6 Non renewals	Comumn 7 Reacquired By franchisor	Comumn 8 Ceased operations Other reasons	Comumn 9 Outlets at End of the year
	2004							
	2005							
	2006							
	2004							
	2005							
	2006							
Totals	2004							
	2005							
	2006							

- (A) In column 1, list each state with one or more franchised outlets.
- (B) In column 2, state the last three fiscal years.
- (C) In column 3, state the total number of franchised outlets in each state at the start of each fiscal year.
- (D) In column 4, state the total number of franchised outlets opened in each state during each fiscal year. Include both new outlets and existing company-owned outlets that a franchisee purchased from the franchisor. (Also report the number of existing company-owned outlets that are sold to a franchisee in Column 7 of Table 4).
- (E) In column 5, state the total number of franchised outlets that were terminated in each state during each fiscal year. For purposes of this section, "termination" means the franchisor's termination of a franchise agreement prior to the end of its term and without providing any consideration to the franchisee (whether by payment or forgiveness or assumption of debt).
- (F) In column 6, state the total number of non-renewals in each state during each fiscal year. For purposes of this section, "non-renewal" occurs when the franchise agreement for a franchised outlet is not renewed at the end of its
- (G) In column 7, state the total number of franchised outlets reacquired by the franchisor in each state during each fiscal year. For purposes of this section, a "reacquisition" means the franchisor's acquisition for consideration (whether by payment or forgiveness or assumption of debt) of a franchised outlet during its term. (Also; report franchised outlets reacquired by the franchisor in column 5 of Table 4).
- (H) In column 8, state the total number of outlets in each state not operating as one of the franchisor's outlets at the end of each fiscal year for reasons other than termination, non-renewal, or reacquisition by the franchisor.
- (I) In column 9, state the total number of franchised outlets in each state the end of the fiscal year.
- (iii) Disclose, in the following tabular form, the status of company-owned outlets located in each state for each of the franchisor's last three fiscal years. A sample Item 20(4) Table is attached as Appendix E to this part.

**Item 20 Table N<sup>o</sup>. 4**  
***Status of Compagny-Owned Outlets***  
***For years [ ] to [ ]***

Comumn state	Comumn 2 year	Comumn 3 Outlets et State year	Comumn 4 Outlets opened	Comumn 5 Outlets Reacquired from franchisee	Comumn 6 Outlets Closed	Comumn 7 Outlets Sold to franchisee	Comumn 8 Outlets at End of the year
	2004						
	2005						
	2006						
	2004						
	2005						
	2006						
Totals	2004						
	2005						
	2006						

- (A) In column 1, list each state with one or more company-owned outlet
  - (B) in column 2, state the last three fiscal years.
  - (C) In column 3, state the total number of company-owned outlets in eac state at the start of the fiscal year.
  - (D) In column 4, state the total number of company-owned outlets opene in each state during each fiscal year.
  - (E) In column 5, state the total number of franchised outlets reacquire from franchisees in each state during each fiscal year.
  - (F) In column 6, state the total number of company-owned outlets close in each state during each fiscal year. Include both actual closures ar, instances when an outlet ceases to operate under the franchisor's trademar
  - (G) In column 7, state the total number of company-owned outlets sol to franchisees in each state during each fiscal year.
  - (H) In column 8, state the total number of company-owned outle operating in each state at the end of each fiscal year.
- (4) Disclose, in the following tabular form, projected new franchised an company-owned outlets. A sample Item 20(5) Table is attached Appendix F to this part.

**Item 20 Table N°. 5**

*Projected Openings As Of [Last Day of Last Fiscal Feuil]*

	<b>Column 2</b>	<b>Column 3</b>	<b>Column 4</b>
<b>State</b>	Franchise Agreement Signed But Outlet Not Opened	Projected New Franchis ed Outlet in The Next Fiscal Year	Projected New Company-Owned Outlet in the Next Fiscal Year
<b>Totalal</b>			

(i) In column 1, list each state where one or more franchised or company-owned outlets are located or are projected to be located.

(ii) In column 2, state the total number of franchise agreements that had been signed for new outlets to be located in each state as of the end of the previous fiscal year where the outlet had not yet opened.

(iii) In column 3, state the total number of new franchised outlets in each state projected to be opened during the next fiscal year.

(iv) In column 4, state the total number of new company-owned outlets in each state that are projected to be opened during the next fiscal year.

(4) Disclose the names of all current franchisees and the address and telephone number of each of their outlets. Alternatively, disclose this information for all franchised outlets in the state, but if these franchised outlets total fewer than 100, disclose this information for franchised outlets from contiguous states and then the next closest states until at least 100 franchised outlets are listed.

(5) Disclose the name, city and state, and current business telephone number, or if unknown, the last known home telephone number of every franchisee who had an outlet terminated, canceled, not renewed, or otherwise voluntarily or involuntarily ceased to do business under the franchise agreement during the most recently completed fiscal year or who has not communicated with the franchisor within 10 weeks of the disclosure document issuance date<sup>o</sup>. State in immediate conjunction with this information : "If you buy this franchise, your contact information may be disclosed to other buyers when you leave the franchise system."

(6) If a franchisor is selling a previously-owned franchised outlet now under its control, disclose the following additional information for that outlet for the last five fiscal years. This information may be attached as an addendum to a disclosure

document, or, if disclosure has already been made, then in a supplement to the previously furnished disclosure document.

(i) The name, city and state, current business telephone number, or if unknown, last known home telephone number of each previous owner of the outlet ;

(ii) The time period when each previous owner controlled the outlet ;

(iii) The reason for each previous change in ownership (for example, termination, non-renewal, voluntary transfer, ceased operations) ; and

(iv) The time period(s) when the franchisor retained control of the outlet (for example, after termination, non-renewal, or reacquisition).

(7) Disclose whether franchisees signed confidentiality clauses during the last three fiscal years. If so, state the following : "In some instances, current and former franchisees sign provisions restricting their ability to speak openly about their experience with [name of franchise system]. You may wish to speak with current and former franchisees, but be aware that not all such franchisees will be able to communicate with you." Franchisors may also disclose the number and percentage of current and former franchisees who during each of the last three fiscal years signed agreements that include confidentiality clauses and may disclose the circumstances under which such clauses were signed.

(8) Disclose, to the extent known, the name, address, telephone number, email address, and Web address (to the extent known) of each trademark-specific franchisee organization associated with the franchise system being offered, if such organization :

(i) Has been created, sponsored, or endorsed by the franchisor. If so, state the relationship between the organization and the franchisor (for example, the organization was created by the franchisor, sponsored by the franchisor, or endorsed by the franchisor).

(ii) Is incorporated or otherwise organized under state law and asks the franchisor to be included in the franchisor's disclosure document during the next fiscal year. Such organizations must renew their request on an annual basis by submitting a request no later than 60 days after the close of the franchisor's fiscal year. The franchisor has no obligation to verify the organization's continued existence at the end of each fiscal year. Franchisors may also include the following statement : "The following independent franchisee organizations have asked to be included in this disclosure document."

(u) Item 21 : Financial Statements.



(1) Include the following financial statements prepared according to United States generally accepted accounting principles, as revised by any future United States government mandated accounting principles, or as permitted by the Securities and Exchange Commission. Except as provided in paragraph (u)(2) of this section, these financial statements must be audited by an independent certified public accountant using generally accepted United States auditing standards. Present the required financial statements in a tabular form that compares at least two fiscal years.

(i) The franchisor's balance sheet for the previous two fiscal year-ends before the disclosure document issuance date.

(ii) Statements of operations, stockholders equity, and cash flows for each of the franchisor's previous three fiscal years.

(iii) Instead of the financial disclosures required by paragraphs (u)(1)(i) and (ii) of this section, the franchisor may include financial statements of any of its affiliates if the affiliate's financial statements satisfy paragraphs (u)(1)(i) and (ii) of this section and the affiliate absolutely and unconditionally guarantees to assume the duties and obligations of the franchisor under the franchise agreement. The affiliate's guarantee must cover all of the franchisor's obligations to the franchisee, but need not extend to third parties. If this alternative is used, attach a copy of the guarantee to the disclosure document.

(iv) When a franchisor owns a direct or beneficial controlling financial interest in a subsidiary, its financial statements should reflect the financial condition of the franchisor and its subsidiary.

(v) Include separate financial statements for the franchisor and any subfranchisor, as well as for any parent that commits to perform post-sale obligations for the franchiser or guarantees the franchisor's obligations. Attach a copy of any guarantee to the disclosure document.

(3) A start-up franchise system that does not yet have audited financial statements may phase-in the use of audited financial statements by providing, at a minimum, the following statements at the indicated times :

<p>(i) The franchisor' first partial or full fiscal year selling ranchises.</p> <p>(ii)The franchiser' second fiscal year selling franchises.</p> <p>The franchisor' third and subsequent fiscal years selling franchises.</p>	<p>An unaudited opening balance sheet. Audited balance sheet opinion as of the end of the first partial or full fiscal year selling franchises.</p> <p>All required financial statements for the previous fiscal year, plus any previously disclosed audited statements that still must be disclosed according to paragraphs (u)(1)(i) and (ii) of this section</p>
--	---

(iv) Start-up franchisors may phase-in the disclosure of audited financial statements, provided the franchiser :

- (A) Prepares audited financial statements as soon as practicable.
- (B) Prepares unaudited statements in a format that conforms as closely as possible to audited statements.
- (C) Includes one or more years of unaudited financial statements or clearly and conspicuously discloses in this section that the franchiser has net been in business for three years or more, and cannot include all financial statements required in paragraphs (u)(1)(i) and (ii) of this section.

(v) Item 22 : Contracts. Attach a copy of all proposed agreements regarding the franchise offering, including the franchise agreement and any lease, options, and purchase agreements.

(w) Item 23 : Receipts. Include two copies of the following detachable acknowledgment of receipt in the following form as the last pages of the disclosure document :

(1) State the following :

**Receipt**

This disclosure document summarizes certain provisions of the franchise agreement and other infoination in plain language. Read this disclosure document and all agreements carefully.

If [name of franchisor] offers you a franchise, it must provide this disclosure document to you 14 calendar-days before you sign a binding agreement with, or make a payment to, the franchisor or an affiliate in connection with the proposed franchise sale.

If [name of franchisor] does not deliver this disclosure document on time or if it contains a false or misleading statement, or a material omission, a violation of federal law and state law may

have occurred and should be reported to the *Federal Trade Commission*, Washington, D.C. 20580 and [state agency].

(2) Disclose the name, principal business address, and telephone number of each franchise seller offering the franchise.

(3) State the issuance date.

(4) If not disclosed in paragraph (a) of this section, state the name and address of the franchisor's registered agent authorized to receive service of process.

(5) State the following :

I received a disclosure document dated \_ that included the following

**Exhibits :**

(6) List the title(s) of all attached Exhibits.

(7) Provide space for the prospective franchisee's signature and date.

(8) Franchisors may include any specific instructions for returning the receipt (for example, street address, email address, facsimile telephone number).

**Subpart D. Instructions**

**§ 436.6 Instructions for preparing disclosure documents.**

(a) It is an unfair or deceptive act or practice in violation of Section 5 of the *FTC Act* for any franchisor to fail to include the information and follow the instructions for preparing disclosure documents set forth in Subpart C (basic disclosure requirements) and Subpart D (updating requirements) of part 436. The Commission will enforce this provision according to the standards of liability under Sections 5, 13(b), and 19 of the *FTC Act*.

(b) Disclose all required information clearly, legibly, and concisely in a single document using plain English. The disclosures must be in a form that permits each prospective franchisee to store, download, print, or otherwise maintain the document for future reference«

(c) Respond fully to each disclosure Item. If a disclosure Item is not applicable, respond negatively, including a reference to the type of information required to be disclosed by the Item. Precede each disclosure Item with the appropriate heading.

(d) Do not include any materials or information other than those required or permitted by part 436 or by state law not preempted by part 436. For the sole purpose of enhancing the prospective franchisee's ability to maneuver through an electronic version of a disclosure document, the franchisor may include scroll bars, internal links, and search features. All other features (e.g., multimedia tools such as audio, video,

animation, pop-up screens, or links to external information) are prohibited.

(e) Franchisors may prepare multi-state disclosure documents by including non-preempted, state-specific information in the text of the disclosure document or in Exhibits attached to the disclosure document.

(f) Subfranchisors shall disclose the required information about the franchisor, and, to the extent applicable, the same information concerning the subfranchisor.

(g) Before furnishing a disclosure document, the franchisor shall advise the prospective franchisee of the formats in which the disclosure document is made available, any prerequisites for obtaining the disclosure document in a particular format, and any conditions necessary for reviewing the disclosure document in a particular format.

(h) Franchisors shall retain, and make available to the Commission upon request, a sample copy of each materially different version of their disclosure documents for three years after the close of the fiscal year when it was last used.

(i) For each completed franchise sale, franchisors shall retain a copy of the signed receipt for at least three years.

#### § 436.7 Instructions for updating disclosures.

(a) All information in the disclosure document shall be current as of the close of the franchisor's most recent fiscal year. After the close of the fiscal year, the franchisor shall, within 120 days, prepare a revised disclosure document, after which a franchise seller may distribute only the revised document and no other disclosure document.

(b) The franchisor shall, within a reasonable time after the close of each quarter of the fiscal year, prepare revisions to be attached to the disclosure document to reflect any material change to the disclosures included, or required to be included, in the disclosure document. Each prospective franchisee shall receive the disclosure document and the quarterly revisions for the most recent period available at the time of disclosure.

(c) If applicable, the annual update shall include the franchisor's first quarterly update, either by incorporating the quarterly update information into the disclosure document itself, or through an addendum.

(d) When furnishing a disclosure document, the franchise seller shall notify the prospective franchisee of any material changes that the seller knows should have known occurred in the information contained in any financial performance representation made in Item 19 (section 436.5(s)).

(e) Information that must be audited pursuant to § 436.5(u) of this part need not be audited for

quarterly revisions ; provided, however, that the franchisor states in immediate conjunction with the information that such information was not audited.

Subpart E. Exemptions § 436.8 Exemptions.

(a) The provisions of part 436 shall not apply if the franchisor can establish any of the following :

(1) The total of the required payments, or commitments to make a required payment, to the franchisor or an affiliate that are made any time before or within six months after commencing operation of the franchise business is less than \$500.

(2) The franchise relationship is a fractional franchise.

(3) The franchise relationship is a leased department.

(4) The franchise relationship is covered by the Petroleum Market Practices Act, 15 U.S.C. 2801.

(5)(i) The franchisee's initial investment, excluding any financing received from the franchisor or an affiliate and excluding the cost of unimproved land, totals at least \$1 million and the prospective franchisee signs acknowledgment verifying the grounds for the exemption. The acknowledgment shall state : "The franchise sale is for more than \$1 million — excluding the cost of unimproved land and any financing received from the franchisor or an affiliate — and thus is exempted from the Federal Trade Commission's Franchise Rule disclosure requirements, pursuant to 16 C.F.R. 436.8(3)(5) or ; or

(ii) The franchisee (or its parent or any affiliates) is an entity that has been in business for at least five years and has a net worth of at least \$5 million.

(6) One or more purchasers of at least a 50 % ownership interest in franchise : within 60 days of the sale, has been, for at least two years an officer, director, general partner, individual with management responsibility for the offer and sale of the franchisor's franchises or administrator of the franchised network ; or within 60 days of the sale has been, for at least two years, an owner of at least a 25 % interest in the franchisor.

(7) There is no written document that describes any material term or aspect of the relationship or arrangement.

(b) For purposes of the exemptions set forth in this section, the Commission shall adjust the size of the monetary thresholds every fourth year based upon the Consumer Price Index. For purposes of this section, "Consumer Price Index" means the Consumer Price Index for all urban consumers published by the Department of Labor.

## **Subpart F. Prohibitions**

### **§ 436.9 Additional prohibitions.**

It is an unfair or deceptive act or practice in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act for any franchise seller covered by part 436 to :

(a) Make any claim or representation, orally, visually, or in writing, that contradicts the information required to be disclosed by this part.

(b) Misrepresent that any person :

(1) Purchased a franchise from the franchisor or operated a 'franchise of the type offered by the franchisor.

(2) Can provide an independent and reliable report about the franchise or the experiences of any current or former franchisees.

(c) Disseminate any financial performance representations to prospective franchisees unless the franchisor has a reasonable basis and written substantiation for the representation at the time the representation is made, and the representation is included in Item 19 (§ 436.5(s)) of the franchisor's disclosure document. In conjunction with any such financial performance representation, the franchise seller shall also :

(1) Disclose the information required by §§ 436.5(s)(3)(ii)(B) and (E) of this part if the representation relates to the past performance of the franchisor's outlets.

(2) Include a clear and conspicuous admonition that a new franchisee's individual financial results may differ from the result stated in the financial performance representation.

(d) Fail to make available to prospective franchisees, and to the Commission upon reasonable request, written substantiation for any financial performance representations made in Item 19 (§ 436.5(s)).

(e) Fail to furnish a copy of the franchisor's disclosure document to a prospective franchisee earlier in the sales process than required under § 436.2 of this part, upon reasonable request.

(f) Fail to furnish a copy of the franchisor's most recent disclosure document and any quarterly updates to a prospective franchisee, upon reasonable request, before the prospective franchisee signs a franchise agreement.

(g) Present for signing a franchise agreement in which the terms and conditions differ materially from those presented as an attachment to the disclosure document,

unless the franchise seller informed the prospective franchisee of the differences at least seven days before execution of the franchise agreement.

(h) Disclaim or require a prospective franchisee to waive reliance on any representation made in the disclosure document or in its exhibits or amendments. Provided, however, that this provision is not intended to prevent a prospective franchisee from voluntarily waiving specific contract terms and conditions set forth in his or her disclosure document during the course of franchise sale negotiations.

(i) Fail to return any funds or deposits in accordance with any conditions disclosed in the franchisor's disclosure document, franchise agreement, or any related document.

### **Subpart G. Other Provisions**

#### **§ 436.10 Other laws and rules.**

(a) The Commission does not approve or express any opinion on the legality of any matter a franchisor may be required to disclose by part 436. Further, franchisors may have additional obligations to impart material information to prospective franchisees outside of the disclosure document under Section 5 of the *Federal Trade Commission Act*. The Commission intends to enforce all applicable statutes and rules.

(b) The *FTC* does not intend to preempt the franchise practices laws of any state or local government, except to the extent of any inconsistency with part 436. A law is not inconsistent with part 436 if it affords prospective franchisees equal or greater protection, such as registration of disclosure documents or more extensive disclosures.

#### **§ 436.11 Severability.**

If any provision of this part is stayed or held invalid, the remainder will stay in force..

## Le Code de Déontologie Européen de la Franchise<sup>1250</sup>

### 1- Définition de la franchise :

La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes (1)\*, le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept (2) du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir-faire (3), et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet.

Le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié. Secret, le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible : cela n'est pas limité au sens étroit que chaque composant individuel du savoir-faire doive être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur. Substantiel, le fait que le savoir-faire doive inclure une information indispensable pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finaux et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle, et la gestion administrative et financière ; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer la position concurrentielle du franchisé, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à entrer sur un nouveau marché. Identifié, le fait que le savoir-faire doive être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ; la description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée.

---

<sup>1250</sup> Ce Code de déontologie européen de la franchise est la remise à jour du code créé en 1972 par l'European Franchise Federation (EFF). Chaque fédération ou association nationale de l'EFF a participé à sa rédaction et en assure la promotion, l'interprétation et l'adaptation utiles dans son propre pays. Ce Code de déontologie se veut être un code des bons usages et de bonne conduite des utilisateurs de la franchise en Europe. (Dernière mise à jour : décembre 2003).



## **2- Les principes majeurs d'une franchise :**

Le franchiseur est l'initiateur d'un « Réseau de franchise » constitué du franchiseur et des franchisés et dont il a vocation à assurer la pérennité (4).

Le franchiseur devra :

- a). avoir mis au point et exploité avec succès un concept pendant une période raisonnable et dans au moins une unité pilote avant le lancement du réseau (5),
- b). être titulaire des droits sur les signes de ralliement de la clientèle : enseigne, marques et autres signes distinctifs (6) (7),
- c). apporter à ses franchisés une formation initiale et leur apporter continuellement une assistance commerciale et/ou technique pendant toute la durée du contrat.

Le franchisé devra :

- a). consacrer ses meilleurs efforts au développement du réseau de franchise et au maintien de son identité commune et de sa réputation (8),
- b). fournir au franchiseur les données opérationnelles vérifiables afin de faciliter la détermination des performances et les états financiers requis pour la direction d'une gestion efficace. Le franchisé autorisera le franchiseur et/ou ses délégués à avoir accès à ses locaux et à sa comptabilité à des heures raisonnables,
- c). ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur ni pendant, ni après la fin du contrat (9).

2.4. Les deux parties devront respecter, de manière continue, les obligations suivantes :

- a). agir de façon équitable dans leurs relations mutuelles. Le franchiseur avertira le franchisé par écrit de toute infraction au contrat et lui accordera, si justifié, un délai raisonnable pour la réparer,
- b). résoudre leurs griefs et litiges avec loyauté et bonne volonté, par la communication et la négociation directes.

### **Recrutement, publicité et divulgation.**

- La publicité pour le recrutement de franchisés doit être dépourvue de toute ambiguïté et d'informations trompeuses.
- Tout document publicitaire faisant apparaître directement ou indirectement des résultats financiers prévisionnels du franchisé devra être objectif et vérifiable.
- Afin que le futur franchisé puisse s'engager en toute connaissance de cause, le franchiseur lui fournira une copie du présent Code de déontologie ainsi qu'une information complète et

écrite concernant les clauses du contrat de franchise - ceci dans un délai raisonnable avant la signature du contrat (10).

- Lorsque le franchiseur propose la signature d'un contrat de réservation, celui-ci respecte les principes suivants :

- a). avant la signature de tout contrat de réservation, le futur franchisé doit se voir remettre les informations écrites quant au contenu de ce contrat ainsi qu'aux dépenses qui en découleront pour le candidat,
- b). si le contrat de franchise est signé, les débours seront remboursés par le franchiseur ou à valoir sur le droit d'entrée s'il y a lieu,
- c). la durée du contrat de réservation doit être précisée,
- d). une clause de dédit réciproque doit être prévue,
- e). le franchiseur peut imposer une clause de non-concurrence et de confidentialité afin d'empêcher le détournement du savoir-faire transmis pendant la durée du contrat de réservation.

### **Sélection des franchisés.**

Le franchiseur sélectionne et n'accepte que les franchisés qui, d'après une enquête raisonnable, auraient les compétences requises (formation, qualités personnelles, capacités financières) pour l'exploitation de l'entreprise franchisée (11).

### **Le contrat de franchise.**

- Le contrat de franchise doit être en conformité avec le droit national, le droit communautaire et le Code de déontologie.

Le contrat reflète les intérêts des membres du réseau de franchise, en protégeant les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur et en maintenant l'identité commune et la réputation du réseau de franchise (12).

Tout contrat et toute convention contractuelle gérant les relations franchiseur-franchisé est rédigé ou traduit par un traducteur assermenté dans la langue officielle du pays dans lequel le franchisé est établi, des copies du contrat signé seront immédiatement remises au franchisé.

- Le contrat de franchise définit sans ambiguïté les obligations et les responsabilités respectives des parties ainsi que toutes autres clauses matérielles de la collaboration.

- Les points essentiels minima du contrat sont les suivants :

les droits du franchiseur,  
les droits du franchisé,  
les biens et/ou services fournis au franchisé,  
les obligations du franchiseur (13),  
les obligations du franchisé,  
les conditions financières pour le franchisé,  
la durée du contrat, fixée de façon à permettre au franchisé l'amortissement des investissements spécifiques à la franchise,  
les conditions de renouvellement, s'il y a lieu, du contrat (14),  
les conditions dans lesquelles pourront s'opérer la cession ou le transfert des droits découlant du contrat et les conditions de préemption du franchiseur,  
les conditions d'utilisation par le franchisé des signes de ralliement de la clientèle appartenant au franchiseur : enseigne, marque, marque de service, logo et tous signes distinctifs,  
le droit du franchiseur de faire évoluer son concept de franchise,  
les clauses de résiliation du contrat,  
les clauses prévoyant la récupération par le franchiseur de tout élément corporel ou incorporel lui appartenant en cas de cessation du contrat avant l'échéance prévue (15).

### **Master franchise**

Ce Code de déontologie ne s'applique pas aux relations entre le franchiseur et son master-franchisé. En revanche, il s'applique aux relations entre le master-franchisé et ses franchisés.

(1) Le franchisé est responsable des moyens humains et financiers qu'il engage et responsable, à l'égard des tiers, des actes accomplis dans le cadre de l'exploitation de la franchise. Il a une obligation de collaborer loyalement à la réussite du réseau auquel il a adhéré.

(2) Le concept est la conjonction originale de trois éléments : la propriété ou le droit d'usage de signes de ralliement de la clientèle : marque de fabrique de commerce ou de services, enseigne, raison sociale, nom commercial, signes et symboles, logos ; l'usage d'une expérience, d'un savoir-faire ; une collection de produits, de services et/ou de technologies brevetées ou non, qu'il a conçus, mis au point, agréés ou acquis.

(3) Le savoir-faire : Le franchiseur garantit au franchisé la jouissance d'un tel savoir-faire qu'il entretient et développe. Le franchiseur par une information et une formation adaptées le transmet au franchisé et en contrôle l'application et le respect. Le franchiseur encourage la

remontée d'information des franchisés afin d'améliorer le savoir-faire. Dans les périodes précontractuelle, contractuelle et post-contractuelle, le franchiseur empêche toute utilisation et toute transmission de savoir-faire, en particulier à l'égard de réseaux concurrents, pouvant porter préjudice au réseau de franchise.

(4) Le réseau de franchise est constitué du franchiseur et des franchisés.

Le réseau de franchise, par son organisation et son développement, contribue à améliorer la production et/ou la distribution des produits et/ou services ou à promouvoir le progrès technique et économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Le franchiseur doit favoriser un dialogue permanent et structuré entre son organisation et les franchisés en favorisant des instances de concertation. Le franchisé doit s'impliquer dans la vie du réseau et contribuer à l'intérêt général du réseau. La marque du franchiseur, symbole de l'identité et de la réputation du réseau, constitue la garantie de la qualité du service rendu au consommateur.

Cette garantie est assurée par la transmission et le contrôle du respect d'un savoir-faire et la mise à disposition d'une gamme homogène de produits et/ou de services et/ou de technologies. Le franchiseur s'assure que le franchisé, par une signalisation adéquate, fait connaître sa nature d'entrepreneur juridiquement indépendant.

(5) Il appartiendra au franchiseur de consacrer à la promotion de sa marque, à la recherche et à l'innovation, les moyens humains et financiers permettant d'assurer le développement et la pérennité de son concept.

(6) Les droits sur les signes de ralliement doivent être d'une durée au moins égale à la durée du contrat.

(7) L'image de marque Le franchiseur garantit au franchisé la jouissance de signes de ralliement de la clientèle mis à sa disposition. Il doit notamment lui garantir la validité de ses droits sur la ou les marques dont l'usage est conféré à quelque titre que ce soit, au franchisé. Le franchiseur entretient et développe l'image de marque. Le franchiseur veille au respect par le franchisé des prescriptions d'utilisation de la marque et des autres signes de ralliement mis contractuellement à sa disposition. À l'issue du contrat, le franchiseur s'assurera de la non-utilisation des signes de ralliement de la clientèle par l'ancien franchisé. En cas d'exclusivité de l'utilisation de la marque sur un territoire donné, le franchiseur en précise les modalités : objet, portée.

Le franchiseur s'assure par tout moyen que la collection de produits et/ou de services et/ou de technologies offerts au consommateur est bien conforme à l'image de marque et ce au moyen

d'une clause d'achats exclusifs pour les systèmes qui le justifieraient et en particulier lorsque les produits portent la marque du franchiseur.

(8) Le franchisé doit, quelles que soient les circonstances, agir loyalement à l'égard de tout franchisé du réseau ainsi qu'à l'égard du réseau lui-même. Le franchisé est responsable avec le franchiseur de la force du réseau.

(9) À cet égard, le contrat pourra prévoir une clause de non-concurrence en cours ou en fin de contrat dont la durée, la portée et l'objet sont déterminés pour tenir compte de l'intérêt du réseau.

(10) Le futur franchisé en possession des informations prévues par l'article premier de la loi du 31 décembre 1989 et par son décret d'application, a la responsabilité de les analyser précisément afin d'intégrer ces éléments dans son projet d'entreprise dont il est pleinement responsable.

(11) Le futur franchisé se doit d'être loyal quant aux informations qu'il fournit au franchiseur sur son expérience, ses capacités financières, sa formation, en vue d'être sélectionné.

(12) Les relations contractuelles : Le franchiseur et les franchisés savent qu'ils collaborent dans un système où leurs intérêts sont liés, tant à court qu'à terme plus long.

La souplesse du système et le sens des responsabilités de chacun ont fait le succès de la franchise.

Les relations entre les partenaires doivent donc permettre de suivre les évolutions nécessaires à améliorer le fonctionnement du réseau de franchise et la satisfaction du consommateur. Le franchiseur établit le contrat écrit qui énonce de façon complète et précise les droits, obligations et responsabilités des parties.

Le contrat doit traduire la stratégie du réseau de franchise. Il comporte l'indication des moyens nécessaires pour atteindre la réalisation du concept de franchise. Le contrat n'impose pas aux parties intéressées de restrictions qui ne soient pas nécessaires pour atteindre les objectifs.

L'équilibre du contrat est apprécié d'une façon globale en fonction de l'intérêt du réseau de franchise. Le cadre contractuel permet l'expression d'un dialogue permanent et favorise les solutions de conciliation.

(13) En qualité de responsable de l'identité et de la réputation du réseau, le franchiseur s'efforce, en proportion de ses moyens et des buts recherchés, de : Définir des normes de qualité et veiller ou faire veiller à leur respect par les franchisés vis-à-vis du consommateur. Maintenir le franchisé informé de l'existence de sa responsabilité, spécifique à la franchise, à l'égard du consommateur, en qualité de commerçant indépendant.

Dans les cas où l'activité du réseau de franchise nécessite un paiement d'avance total ou partiel par le consommateur, d'attirer l'attention du franchisé sur la nécessité de garantir le consommateur, soit par sa solvabilité propre, soit par une assurance, une garantie bancaire ou tout autre moyen.

(14) Le franchiseur informe le franchisé avec un préavis suffisant de son intention de ne pas renouveler l'ancien contrat arrivé à son terme ou de ne pas signer un nouveau contrat.

(15) Le franchiseur, ayant indiqué dans le contrat les conditions de reprise et/ou d'utilisation des matériels spécifiques à la franchise, ne recherche pas, par ces conditions, à pénaliser l'ancien franchisé, mais à protéger l'identité et la réputation du réseau de franchise.

## BIBLIOGRAPHIE

### 1. Bibliographie française

- Alahyane (N.), « Les conséquences du caractère intuitu personae du contrat de licence de brevet et du contrat de licence de marque », Paris, *édité par l'auteur*, 1994.
- Alma-Delettre (S.), « Cyber distribution Réseaux de distribution sur internet et droit de la concurrence Mise en place de la distribution en ligne Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur internet », *J.-Cl. Commercial, fasc815*, 2006, § 38.
- Amédée Manesme (G.), « le contrat de corner », *R.J. com.*1983, p41 s.
- Amiel-Cosme (L.), « Les réseaux de distribution », préf. Y. Guyon, Paris, *L.G.D.J.*, p.29, n°18 ; Fr. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, « Contrats civils et commerciaux », 5<sup>ème</sup> éd., Paris, *Dalloz*, 2001, p.865, n°952
- Amiel-Cosme (L.), « Les réseaux de distribution », *LGDJ*, 1995, préface Y. Guyon.
- Amiel-Donat (J.), « La légitimité de la clause de non-concurrence », *Contrats , conc. consom.*, 1992, p.1.
- Andre (M.E.), Dumont (M.P.) et Grignon (Ph.), « L'après-contrat », *Francis Lefebvre*, 2005, n°185, p.152, et s.
- Andre (M.E.), Dumont (M.P.) et Grignon (Ph.), « L'après contrat », *Ed.*, Francis Lefebvre, 2005, n° 152, p.122.
- Arhel (P.), « *Les lignes directrices sur les restrictions verticales* », *JCP. éd. E 2000*, p.1174.
- Auguet (Y.), « Concurrence et clientèle », *LGDJ*, 2000, préface Y. Serra, n° 144, p.166.
- Auguet (Y.), « Concurrence et clientèle Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle », préf. Y. Serra, *LGDJ*, 2000, n° 311.
- Avakian (P.), « Pratique contractuelle de la franchise : analyse du contenu d'un ensemble de contrats », in *Le contrat-cadre : 2, La distribution, Litec*, 1995, sous la dirASayag, p201, et spécialement n° 414.

- Avenier (M.J.), « Le pilotage stratégique de l'entreprise », 2<sup>ème</sup> éd., *Presses du CNRS*, 1988, notp135.
- Azéma (J.) et Galloux(J.C.), « Droit de la propriété industrielle », *Dalloz, éd.*, 2012.
- Azema (J.), « La durée des contrats successifs », *LGDJ*, préface R. Nerson, n°192, p.153.
- Azema (J.), « Définition juridique du Know -how », actualité de droit de l'entreprise, Montpellier, *librairies techniques*, 1975.
- Azema (J.), « La durée des contrats successifs », *LGDJ*, 1969, préface. R. Nerson, n° 228, p.174.
- Azema (J.), « La durée des contrats successifs », *LGDJ*, 1969, préface. R. Nerson.
- Baldi (R.), « Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire », *Bruylant*, 1988, p.141.
- Baschet (D.), « La franchise : guide juridique et conseils pratiques », *Gualino éditeur*, 2005.
- Baschet (D.), « La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou la franchise est en danger de mort », *GazPal.*, 1994, p1256.
- Baschet (D.), « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », *GazPal*, 2 juin 1994, p.690.
- Baschet (D.), « La franchise : Guide juridique, conseils pratiques », éd. *Gualino*, 2005, il cite en ce sens, le rapport sur le savoir faire dans la franchise, Laboratoire d'Intelligence et des Organisations de l'Université de Haute Alsace, 1998, p10.
- Baudouin (J.L.), « Les obligations », 4<sup>ème</sup> éd., Cowansville, *Editions Yvon Blais*, 1993, n°65, p57.
- Beauchard (J.), « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat, in Libre droit, Mélanges Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, P.37.
- Beauchard (J.), « Droit de la distribution et de la consommation », *PUF*, 1996, p.186.
- Becque (Ph.), « les clauses de « quota » dans les contrats de concession exclusive », *Cah. dr. entr.*,, 1985 n° 4, p21.
- Behar-Touchais (M.) et Virassamy (G.), « Les contrats de la distribution », *LGDJ*, 1999, n° 332, p151.
- Behar-Touchais (M.), Virassamy (G.), « Les contrats de distribution », *LGDJ*, 1999, n° 129.
- Benabent (A.), « La prolongation du contrat, in Durée et exécution du contrat », *RDC*, 2004, p.117, et s.



- Benabent (A.), « *une relation de fait précaire, de telle manière que le franchiseur comme le franchisé peut y mettre fin à tout moment* », « La prolongation du contrat, in Durée et exécution du contrat », *RDC* 2004, p125.
- Bensoussan (H.), « Le droit de la franchise », *éd. Apogée, 2<sup>ème</sup> éd.*, 1999, p80.
- Bensoussan (H.), « Le droit de la franchise », *éd., apogée*, 1997.
- Bessis (P.), « Le contrat de franchisage : notions actuelles et apport du droit européen », *édrevEt corr.*, Paris, *LGDJ*, 1990, note 101, p32.
- Bessis (Ph.), « *Signes distinctifs et distribution : De la création du produit commercial à la notoriété de la marque d'entreprise* », *LGDJ*, 1998, p24.
- Bessis (Ph.), « Le contrat de franchisage », Paris, *L.G.D.J*, 1990, p.17.
- Bühler (M.), « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RD affint* 2002, p.359 et s.
- Bidan(A.) et Le Bras (Th.), « La responsabilité civile et commerciale du franchiseur dans la gestion du franchisé », *RJ com.*1986, n° 3 et 41.
- Blaise (J.B.), « Droit des Affaires, commerçants, concurrence, distribution », *L.G.D.J*, 2000 , p.537.
- Boularan (P.), « Propriété commerciale et franchise », *JCP CI*, 1985, 1, 14416.
- Boutard-Labarde (M.C.), « Franchise et contraintes du droit communautaire », *Cahdrent* 1987, 2, p11 et spéc., n° 9, p.12.
- Buhler (M.), « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAl/* 2002, n° 3/ 4, p.359, et spéc., p.371.
- Burst (J.J.), « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.*,, 1983/1, p.22.
- Burst (J.J.), « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.*,.1983/1, p.22.
- Bussy (F.), préface in *Le préavis en droit privé, th.*, de A. Sonet, *PUAM*, 2003.
- Cabrillac (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p.235 et s.
- Cabrillac (M.), « *le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente* », *D.* 1964, p.181.
- Cahier (Ch.), « Proverbes et aphorismes », 1856.
- Carbonnier, « Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur », *10<sup>ème</sup> éd.*, *L.G.D.J.*, 2001, p.323.

- Carniaux (A.), « Les clauses financières restreignant la concurrence dans les contrats de licence : le droit américain, canadien et européen », (1997) 28 *R.G.D* 201.
- Castan (G.), « Le contrat de la grande distribution : critère de distinction entre la franchise et affiliation », *RJDA* 1993, p.514, n°7.
- Cermolacce (A.), « Durée dans les contrats », *J-Cl. Distribution, Fasc 70*, 2007, n° 105 et s.
- Champaud (C.), « La concession commerciale », *RTD com.*, 1963, p.451, et spéc., n°33, p.477.
- Clement (J.P.), « *Franchise et droit des marques* », *Mél. J. J. Burst*, p124 ;
- Courtieu (G.), « Droit à réparation - De la concurrence déloyale au parasitisme - Théorie générale », *J-Cl Civil code*, Art.1382 à 1386, *Fasc n° 132-10*, 2006, § 1.
- Dargan (S.), *PME Affaires*, n° 17, mai 1999, entretien avec J.M. Leloup.
- De Cockborne (J.E.), « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, avril-juin 1989, p.181 et s.
- De Haas (Ch.), « Brevet et médicament en droit français et en droit Européen », *Litec*, 1998.
- DE Vaultx (MDB.), « Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive », *JCP CI*, 1984, I, 14246.
- Dekeuwer-Defossez (F.) et Blary-Clement (E.), « Droit commercial », *Montchrestien*, Paris, 2007, 9<sup>ème</sup> éd., p.230.
- Dekeuwer-Defossez (F.) et Blary-Clement (E.), « Droit commercial », *Montchrestien*, Paris, 2007, 9<sup>ème</sup> éd., p.230.
- Delebecque (Ph.) ; *cont. conc. Cons.*, 1998, com. 55, note Leveneur, *D.* 1998, somm., p.334, obs. D. Ferrier.
- Delebecque (Ph.), « La jurisprudence reconnaît au franchisé le bénéfice de la législation sur le fonds de commerce », *Lamy Droit commercial*, Bulletin d'actualité, septembre 2002, n°147, p.1.
- Delebecque (Ph.), « Vues sur mer : l'exigence de bonne foi contractuelle : « in medio stat virtus » ? », *Gazette de la Chambre* n°15, *éditorial* : Ph. Delebecque, 2007-2008, p.1 .
- Delebecque (Ph.), « les clauses allégeant les obligations dans les contrats », *Thdact.*, Aix, 1981, n° 159 et suivant, p.195 et suivant, spéc<sup>n</sup> 164, p.198 .
- Depince (M.), « La clause de non-réaffiliation », *Dr et patr*2007, n°155.

- Dissaux (N.), « L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire? », *JCP* 2010, p.236, n°5.
- Durand (P.), *Cah.dr. entr.*, le savoir-faire comme de « Nouvelles techniques contractuelles »
- Eeckhout (A.V.), « La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires », *RDC*, 2005, p.491, et spéc., p.495.
- Eminesco (Y.), « Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste : l'innovation et le Know-how », in *Mélanges Bastian, librairies techniques*, 1974, p.215.
- Fabre (R.), « La franchise, un ménage à trois », *Cah. dr. entr.*, 1999, n° 5, p.26.
- Fabre-Magnan (M.), «Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p.85.
- Fages (B.), note sous CA Paris 14 février 1997, *JCP G*, 1998, II, 100000.
- Fages (B.), « Les clauses de secret », *JCP G*, 1998, II, 100000 .
- Fages (B.), « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.*, 1998, n° 6, § 15.
- Favre (D.), « Contribution à l'étude de la tacite reconduction », *LPA*, 1996, n°95, p.23.
- Ferrier (D.), « Franchise et savoir-faire », in *Mélanges J-J. Burst, Litec*, 1997, p.157 et suivant.
- Ferrier (D.), « Appartenance de la clientèle et la clause de non-concurrence », *Cah.dr.entr.*1983/1, p.21.
- Ferrier (D.), « La distribution sélective : deux alternatives de distribution », *Cah. dr. entr.*, 1993.
- Ferrier (D.), « La distribution sélective : deux alternatives de substitution », *JCP E* 1993, *Cah. dr., entr.*, n°1.
- Ferrier (D.), « L'intérêt commun dans le contrat de concession » *Cah. dr. entr.*, 1979.
- Ferrier (D.), « Droit de la distribution », *Litec*, Paris, 5<sup>ème</sup> éd. , n° 676, p.309.
- Ferrier (D.), « Droit de la distribution », *Litec*, P.321 ; franchise et savoir-faire, mélanges J-J. Burst, *Litec*, 1997.
- Ferrier (D.), « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI* 1977, I, 12441, p.269, et spéc., n°28.
- Ferrier (D.), « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI* 1977, I, 12441, p.269, et spéc., n°24 et s.
- Ferrier (D.), « La franchise internationale », *J.D.I.*, 1988, note 3, p.626 .
- Ferrier (D.), « Franchise et savoir-faire », in *Mél. J.-J Burst, Litec*, 1997, p.157.

- Ferrier (D.), « L'exclusivité territoriale n'est pas toujours un élément essentiel du contrat de franchise », *commsCasscom* 19 nov 2002 D 2003, p.2427.
- Ferrier (D.), « Franchise et savoir-faire », in *Mél. J. J. Burst*, p.157.
- Ferrier (D.), « La rupture du contrat de franchisage », *JCP* .1977, II, .
- Ferrier (D.), « Droit de la distribution », *Lexis Nexis*, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, il cite dans ce sens, A. Seube, « Le contrat de fourniture », thèse Montpellier, 1975.
- Ferrier (D.), « Droit de la distribution », *Lexis Nexis*, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, note 698, p.356.
- Ferrier (D.), « Droit de la distribution », *Litec*, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 691.
- Ferrier (D.), « La franchise internationale », *J.D.I*, 1988, note 1, p.626.
- Ferrier (D.), « Franchise et savoir faire », *Litec*, 2003, p.1.
- Ferrier (D.), « Droit de la distribution », *Litec*, 4<sup>e</sup> édition, 2006, n° 709, p.316, et s.
- Flour (J.), Aubert (J.L.), Savaux (E), « Les obligations, L'acte juridique », 12<sup>ème</sup> édition, *Sirey*, 2006, n° 379, p.317.
- Fontaine (M.), « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAI*, 1991, p.3 et s.
- Foyer (J.) et Vivant (M), « Le droit des brevets », *PUF*, 1991, p.12.
- Foyer (J.), et Vivant (M), « Le droit des brevets », *Coll. Thémis*, *PUF*, 1991, p.398 et 474.
- Gast (O.), « Plaidoyer pour une révision de la notion du savoir-faire en matière de franchise : (du savoir-faire au savoir-réussir) », les petites affiches, 3 novembre 1995, n° 159, p.9.
- Gastinel (E.), « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles : obligation de non-concurrence et de confidentialité », in La cessation des relations contractuelles d'affaires, *PUAM* 1997, p.197, spéc., p.209.
- Gastinel (E.), « Le Conseil de la concurrence sauve la franchise commerciale », *Gaz. Pal.*, 8 septembre 1994, p.1016.
- Gauthier (P.Y.), « Rapport de synthèse, in La cessation des relations contractuelles d'affaires », *PUAM*, 1997, p.215, et spéc., n° 8, p.221, et s., .
- Gautier (P.Y.), « Rapport de synthèse, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, sous la dir. J. Mestre », *PUAM*, 1997, p.215, et spéc., n° 8, p.222.
- Ghestin (J.P.) « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y rattachent », *Cah. dr. entr.*, 1997, n° 3, 4, p.7 et s.
- Ghestin (J.P.), « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 155.

- Ghestin (J.P.), « Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 157.
- Gode (P.), « Volonté et manifestation tacite », *PUF*, 1977, n° 27, p.36.
- Grignon (Ph.), « Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce », Bibliothèque de droit de l'entreprise, *Litec*, 2000, préface D. Ferrier et J.M. Mousseron, 2000, 256.
- Grimaldi (C.), « Droit de la franchise », éd. *Litec*, 2011.
- Grimaldi (C.), Méresse (S.) et Zakharova-Renaud (O.), « Droit de la franchise », *Litec*, 2011, note 205, p.156.
- Guyeno (J.), « Les ventes avec clauses d'exclusivité et les groupements commerciaux de concessionnaire », *Gaz. Pal.*1972, doct., 481.
- Guynot (J.), « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel », sous la dir. P. Durand, *LGDJ*, 1964, p.235, et spéc., p.236.
- Guyon (H.), « *Droit des affaires* », *Economica*, t.1, 11e éd., 2001.
- Hassler (T.), « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, .
- Hassler (Th.), « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p.605.
- Hebreud (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Mélanges P. Kayser*.
- Houtcieff (D.), « Le principe de cohérence en matière contractuelle », *PUAM*, 2001, préface H. Muir-Watt.
- Huet (J.), « *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux* », *LGDJ*, 2<sup>e</sup> éd. 2001.
- Huet (J.), « Vente - Garantie légale contre les vices cachés - Régime de la garantie - Parties à la garantie Action en garantie et délai pour agir », *J-Cl. Civil code*, Art. 1641 à 1649, *Fasc 30*, 2007, § 3.
- Jacquet (J.M.), Delebecque (Ph.) et Corneloup (S.), « Droit du commerce international », *Dalloz*, 2<sup>ème</sup> édition, 2010, note n° 930, p.717.
- Jamin (Ch.), « Réseaux, intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, I,3959.
- Jamin (Ch.), « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, I, 3959, n° 10.
- Jeanmart (P.), « L'officiel de la franchise », n°23, novembre 1999, p.34, .
- Jourdan (Ch.), 2 déc1988, *JOCE* n° L35 du 7 févr. 1989, pt. n° 42.

- Jourdan (P.), «Préjudice consécutif à la rupture des pourparlers », *RTD civ.*, 2006, p.770 et s.
- Kahn (M.), « Franchise et partenariat », *Dalloz-Dunod*, 2002, p.7.
- Kenfack (H.), « Droit du commerce international », Paris, *Dalloz*, 2002, note 244, p.58.
- Kenfack (H.), « Internet, franchise et droit des affaires», commss. Cass. com., 14 mars 2006, D2006, p.1901.
- Konigsberg (AS.) et Gauthier (A.M.), « Relation franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27, *R.J.T* p.633 et s.
- Lafargue, Goldmish et Delvolvé, « Le droit d’agir en contrefaçon pour le titulaire d’une licence de marque », *Gaz. Pal.*, 1971, I, Somm. 207.
- Lagarde (P.), « remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RevcritDIP*, 95 (2) avril-juin 2006.
- Latreille (A.), « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA*, 07 août 2006, n° 156, p.4, et spéc., n° 2.
- Laude (A.), « La reconnaissance par le juge de l’existence du contrat », *PUAM*, 1991, préface J. Mestre, n° 628, p.380, et s.
- Lawson-Body (L.), « Réflexion sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 2002, n°169, p.3.
- Le Tourneau (Ph.), les contrats de franchisage, *Litec*, éd. 2007.
- Le Tourneau (Ph.), « Bonne foi », *Rep.Civ. Dalloz*, 1995, n° 31.
- Le Tourneau (Ph.), « Quelques aspects de l’évolution des contrats », in Mélanges P. Raynaud, *Dalloz* 1985, p.49 .
- Le Tourneau (Ph.), «Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, 2002, *Fasc*1045, § 41 et s.
- Le Tourneau (Ph.), « Ingénierie, transfère de technologie et de maîtrise industrielle », *Litec*, 2003.
- Le Tourneau (Ph.), « les contrats de franchisages », et il site en ce sens, D. Ferrier, « franchise et savoir-faire », in Mélanges J-J. Burst, *Litec*, 1997, p.157 s.
- Le Tourneau (Ph.), « Franchisage, franchisage dans le domaine de des services, Franchiseur et franchisé », *J.-Cl., Contrats Distribution, Fasc.*, 1050, 2002.
- Le Tourneau (Ph.), *Libre droit, Mélanges, Dalloz*, 2008, p.37.

- Lebreton (S.), « L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes », *Bibl. dr. ent.*, 57, *Litec*, 2002.
- Lecourt (A.), « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », D2004, p.623.
- Legeais (D.), « Franchise », *J.Cl. Commercial*, 2001, *fasc*, 333, n° 66, p.18.
- Leloup (J.M.), « Les rapports juridiques dans le contrat de franchise, in Aspects juridiques de la franchise », Journée d'étude de faculté de Lyon organisée le 21 mai 1986, *Litec*, p.13, et spéc., p.32.
- Leloup (J.M.), « La franchise », *Delmas*, 3<sup>ème</sup> éd. 2000.
- Leloup (J.M.), « La franchise, Droit et pratique », *Delmas*, 4<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 370.
- Leloup (J.M.), « La création des contrats par la pratique commerciale », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, *PUF*, 1986, p.167.
- Lepage (H.), « La théorie économique de la franchise », *Rev.conc.consom.*1987, n° 28, p.8 et s.
- Licari (F.X.), « La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, Bibliothèque de droit de l'entreprise », *Litec*, 2002, préface C. Witz, p.563 et s.
- Loir (R.), « Les prévisionnels : le point de vue du juriste », in Nicolas Dissaux et Romain Loir, « La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions », *L'Harmattan*, 2009, p102.
- Mainguy (D.) et Respaud (J.L.), « À propos du contrat de commission affiliation », Mélanges Ph. le Tourneau, *Dalloz*, 2007, p.705, Com. 28 févr. 2008, *JCP* 2008, II, 10094, obs. D. Mainguy et J. L. Respaud.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.), et Stofell-Munck (Ph.), « Les obligations », *De frénois*, 2004, n° 941.
- Malaurie-Vignal (M.), « Clause de non-concurrence- sanction », *J- Cl. Contrats de distribution*, 2000, *fasc*.125, n°45.
- Manara (C.), « Nom de domaine », n° 1, *Rép. com. Dalloz*, oct. 2004.
- Manara (C.), « Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français », D2007, p.1740.
- Marot (V.Y.), note sous CA Versailles, 4 juillet 1996, les petites affiches, 7 janvier 1998, p.14.
- Marot (Y.), « Approvisionnement exclusif et fixation du prix : le débat continue, mais des solutions apparaissent », *La lettre de la FFF*, juillet-août 1998, n° 100.
- Mathély (P.), « Le nouveau droit français des brevets d'invention », *LJNA*, 1991, p.14.

- Mathély (P.), « Le droit français des brevets d'invention », *Journal français des notaires et des avocats*, 2<sup>ème</sup> éd. 1991.
- Mathieu (P.A.), « la nature juridique du contrat de franchise », Cowansville, *Editions Yvon Blais*, 1989, p.75.
- Matray (Ch.), « Le contrat de franchise », *Coll. Les dossiers du J.T.*, Bruxelles, *Larcier*, 1992, n° 6, p.17 .
- Maury (J.), « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RIDC*, 1951, p.485.
- Mazeaud (D.), « Durées et ruptures », *RDC*, 2004, p.129, n° 2.
- Mazeaud (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Ph. Jestaz, *Dalloz*, 2006, p.371.
- Mazeaud (J.) et Chabas (F.), « *Leçons de droit civil, Les obligations* », t. II, 9<sup>ème</sup> édition, 1998, Montchrestien , n°722, p.846.
- Mendelsohn (P.), « Peut-on vraiment opposer savoirs et savoir-faire quand on parle d'apprentissage ? Entretiens Nathan, manuscrit.
- Menjucq (M.), « droit des affaires », 4<sup>ème</sup> éd., *Gualino éditeur*, 2005, p.153.
- Mestre (J.), « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, *PUAM*, 1997, p.13.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. com., 1<sup>er</sup> février 1994, *RTD civ.*, 1994, p.356.
- Mestre (J.) et Fages (B.), « Effets de la tacite reconduction », *RTD, civ.* 2006, p.114 ; .
- Mousseron (J.M.), « Aspect juridique du Know-how », *Cah., droit des entreprises*, 1972.
- Mousseron (J.M.), « La loi du 21 mars 1941, une loi en expansion? », *Cah. Dr. Entr.* 1978, n° 2.
- Mousseron (J.M.), « Traité des brevets », *Litec*, T.1, 1984.
- Mousseron (J.M.), « Secret et contrat (De la fin de l'un à la fin de l'autre) », in *Mélanges J. Foyer*, *PUF*, 1997, p.258.
- Mousseron (J.M.) et Seude (A.), « À propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.1973.chr.197*, p.206.
- Paclot (Y.), « Secret et relations d'affaires, Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr.et patr.*, 2002, n°102.
- Pedamon (M.), « Le contrat en droit allemand », *LGDJ*, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, pp.33 et s.



- Pelissier (J.), Supiot (A.), Jeammaud (A.), « Droit du travail », *Dalloz*, 2004, 22<sup>e</sup> édition.
- Peskine (E.), « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *Rev. tr.* 2008, p.371.
- Petit (B.), « Contrats et obligations – Consentement », *J-Cl. Civil code, art. 1109, Fasc unique*, 2004, n° 54.
- Picod (Y.), « Contrats et obligations », « Effet obligatoire des conventions - Exécution de bonne foi des conventions », *Civil Code, art1134 et 1135, Fasc unique*, § 26 et s.
- Picod (Y.), « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Thèse : Dijon, *L.G.D.J.*, 1989, n°8.
- Picod (Y.), « L'Obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318.
- Picod (Y.), « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994, 349, n° 32.
- Pigassou (P.), « La distribution intégrée », *RTD com.*, 1980, p.473, et spéc., p.483.
- Pimont (S.), « L'économie du contrat », *PUAM*, 2004, préface J. Beauchard.
- Pollaud-Dullian (F.), Ronzano (A.), « le contrat cadre par -delà les paradoxes », *RTD com*, 1996, p.179.
- Porter (M.), « L'avantage concurrentiel », *éd. Dunod*, 1999.
- Pouillet (E.), « Le traité des brevets », 4<sup>ème</sup> édition, 25 janvier 1899.
- Regnault (S.), « Guide de la rupture des relations commerciales établies », *RLDC*, 2008, n° 45, p.75.
- Respaud (J.L.), « L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution », *Th. cit.* 2000.
- Revet (Th.), « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p.37, n° 12.
- Rey (C.B.), « Le terme dans le contrat », *PUAM*, 2003, préface P.Y. Gautier, n° 541, spécialement à la page 461 et suivant.
- Bonneau (T.), « La durée dans les contrats », *J- CI Contrats et distribution*, 1990, *fasc70*.
- Rizzo (F.), « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit et patrimoine*, 2000, n° 78, p.60.
- Rochfeld (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Mélanges J. Ghestin, LGDJ*, 2001, 747, et spécialement n° 3, p.748.

- Rolland (A.), « La situation juridique des concessionnaires et des franchisés membres d'un réseau commercial », thèse de doctorat, Université de Rennes, 1976, p.1.
- Rouhette (G.), « La force obligatoire du contrat : Rapport français, in Le contrat aujourd'hui : comparaisons Franco-Anglaises », sous la dir. D. Tallon et D. Harris, *LGDJ*, 1987, p.28, n° 2.
- Ruet (C.), « La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive », th., Paris *XI*, 1995, n°2.
- Saint-Alary (R.), « Le secret des affaires en droit français », in *Le secret et le droit, Travaux de l'association.*
- Schmidt-Szwaleski (V.J.), « marque de fabrique, de commerce ou de service », *Rep. Com. Dalloz* 2006, n°417.
- Sériaux (A.), « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », note sous Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, p.121.
- Serra (Y.), « La validité de la clause de non-concurrence : De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise », D. 1987, p.113.
- Simon (F.L.), « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.*, 2006, p.209.
- Simon (F.L.), « Droit de la franchise », *Les Petites Affiches*, n° spécial, avant-propos, V. Lamanda, 15 nov. 2007, n° 29, p.16.
- Simon (F.L.), « La formation du contrat de franchise », *LPA*, 9 novembre 2006, n° 224, p.15.
- Simon (F.L.), « Théorie et pratique du droit de la franchise », *Joly éditions*, 2009, p.191.
- Stoffel-Munck (Ph.), « L'abus dans le contrat », th. *LGDJ*, 2000, préface R. Bout, n°273, p.237.
- Terré (F.), Simler(Ph.) et Lequette (Y.), « Les obligations », *Précis Dalloz*, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 191.
- Testu (F.X.), « Secret et relations d'affaires, La confidentialité conventionnelle », *Droit et Patrimoine*, 2002, n° 102, p.81.
- Thrierr (A.), « Renouvellement de la marque », *J.-Cl. Marques, dessins et modèles, Fasc 7225*, 2007.
- Torbey (K.), « Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés », *LGDJ*, 2002, préface Ph. Merle, n°47, p.32.
- Triboulet (P.), *LPA*, 17 septembre 2003, n° 186, p.3.

- Truong (C.), « Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI », *Litec*, n° 300, p.256 et s.
- Vatinet (R.), « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.*1987, p.252.
- Verougstaete (Y.), « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchising », les intermédiaires commerciaux, sous la direction de B. Glansdorff, Bruxelles, éd. *Du jeune Barreau*, 1990, p.145, n°3.
- VIENNOIS (J.P.), « Contrats de distribution - Règles communes aux différents contrats de distribution », *J-Cl. Commercial*, Fasc n° 303, 2004, § 30 et 31.
- Viney (G.), « Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil », LGDJ, 1995, n° 198.
- Virassamy (G.J.), « Les contrats de dépendance », *LGDJ*, 1986, préface J. Ghestin, n° 304, p.246.
- Virassamy (G.J.), « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com.*1988, p.179.
- Virrassamy (G.J.), « Les contrats de dépendance », coll. « Bibl. de droit privé », Paris, *L.G.D.J.*, 1986, p.47.
- Vivant (M.), « Les clauses de secret », in Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels, *PUAM*, 1990, p.101.
- Vogel (L.), « Droit de la distribution », *Collection Juri. Bases Law. Lex*, 2005, n° 492, p.747.
- Vogel (L.), « La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats », *LGDJ*, 2011, p.123.
- Vogel (L.J.), « Loi Doubin : des certitudes et des doutes Premier bilan sur l'information précontractuelle après cinq ans d'application de la loi (1990-1995) », *Dalloz Affaires*, 1995, p.5.
- Zimmer (Ch.), « Devenir franchisé ou lancer une franchise », avec la collaboration de A. S. Homassel et S. Moineau, *Vuibert*, 2002, p.131.
- Zimmer (Ch.), « Devenir franchisé ou lancer une franchise », éd. *Vuibert*, coll. *Guid'Utile*, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.

### **Jurisprudence française :**

- Cass. civ., 5 décembre 1910, dans l'affaire *American Trading*, S.1911, 1, p.129
- Cass. civ., 1<sup>er</sup>, 4 mars 1965, *JCP* 1965. II. 14016 ; 30 mars 1965, D. 1965. 559
- Cass., 28 fév. 1966, *Bull. civ* III, n° 124, p. 105, *JCP* 1967. II. 15217, note R., *RTD civ.* 1968, obs. G. Cornu.
- Cass. civ., 13/7/1966, pourvoi n° 64-12 946, *Bull. Civ. III*, n° 358.
- Cass. com., 70 mars 1972, *Bull. civ.*, IV, n° 93
- Cass. crim., 12/6/1974, pourvoi n° 90-72473, *Bull. Crim.*, n° 218.
- Cass. com., 2 avril 1979, *RTD civ.* 1979, p.812, obs. G. Cornu
- Cass. com., 18 déc. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 339.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 1980, *Bull. civ.*, 1980, I, n° 293.
- Cass. com., 12 octobre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 309
- Cass. com., 20 décembre 1982, *Bull.civ. IV*, n° 417.
- Cass. com., 11 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 16 ; *RTD civ.*, 1985, p.
- Cass. com., 24 janvier 1984, *Bull. civ.IV*, n° 34;
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 5 févr. 1985, *Bull. civ. I*, n° 54.
- Cass. civ., 23 janvier 1987, D.1987, *IR*, 18,
- Cass. 3 octobre 1989, pourvoi n° 87-20.189, *JCP E.*1989, I, n° 19205.
- Cass. com., 30 octobre 1989, D. 1990, *somm.* p. 370.
- Cass. com., 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 146.
- Cass. com., 9 octobre 1990, *JCP E*, 1991, I. 39, n° 5, obs. Azema ;
- Cass. com., 15 décembre 1992, pourvoi n°90-15.552, *RTD com.*, 1993, p.565, obs. B. Bouloc.
- Cass. com., 26 janvier 1993, *RJDA* 5/93 N°433
- Cass. com., 9 février. 1993, *JCP E*, 1994, II, note. Danglehant.
- Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993, pourvoi n° 91-18.215.
- Cass. com. 12 juillet 1993, *Contrats Conc. Consom.*, 1993, n° 207, note Leveneur.
- Cass. com., 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-18.351.
- Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 1994, pourvoi n° 92-10.111.
- Cass. com. 10 mai 1994, *RJDA* 1994, n° 1016.
- Cass. com., 7 février 1995, n° 92-21.816 ;
- Cass, com. 4 avril 1995, CA Paris, 18 juin 1992, D. 1995.
- Cass. com., 17 octobre 1995, *Bull. civ.*, 1995, IV, n° 246; D. 1997, *somm.* p. 57, obs. D. Ferrier.IV, n° 86, *Juris-Data*, n° 023745.

- Cass. com., 3 janvier 1996, pourvoi n° 94-12.314.
- Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1996, pourvoi n° 91-14242.
- Cass. com., 2 juillet 1996, pourvoi n° 94-18.023.
- Cass. soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13187.
- Cass. com., 21 janvier 1997.
- Cass. com., 11 février 1997, *Bull. civ.* IV n° 46.
- Cass. com., 8 juillet 1997, droit des affaires 1997, *RJDA* 1997, n°1481.
- Cass. com., 8 juillet 1997, *Juris-Data*, n° 003631.
- Cass. com., 16 décembre 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 337.
- Cass. com., 10 février 1998, *Contrats Conc. Consom.*, 1998, n° 55, obs. Leveneur.
- Cass. 17 novembre 1998, *Pluri public : JCP E* 1999, *Cah. dr. entr.* n° 2, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud
- Cass. civ., 30 mars 1999, *Bull. civ.* I, n° 118.
- Cass. com., 06 avril 1999, pourvoi n° 96-20048.
- Cass. com., 6 avril 1999, *Juris-Data*, n° 1999-001597
- Cass. com., 22 février 2000, *Contrats, cons. consom.*, 2000, *comm.*, n° 92, de L. Leveneur.
- Cass. com., 21 nov. 2000, pourvoi n° 98-17783.
- Cass. 5 décembre 2000, pourvoi n°98-20.706.
- Cass. soc., 19 décembre 2000, *bull civ V*, n° 437
- Cass. com., 16 janv. 2001, pourvoi n° 98-14.385.
- Cass. com., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-19.078.
- Cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-21.216,
- Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2002, *JCP G* 2002, II, 10112, obs. F. Auque,
- Cass. Com. 4 juin 2002, pourvoi n°99-19.464, cité par D. Ferrier, *D.* 2003, p. 2432.
- Cass. 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.
- Cass. com., 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-10.120.
- Cass. com., 26 nov. 2003, B. 186.
- Cass. com., 11 février 2003, pourvoi n° 00-17074.
- Cass. com. 11 févr. 2003, *D.* 2003, p.2304, note H. Kenfack.
- Cass. com., 11 février 2003, *Société Jeff de Bruges c/ Société Aixapp, LPA*, 17 septembre 2003, n° 186, p. 3, note Perruchot-Triboulet,.
- Cass. com., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-00.515, *Lettre distrib.*, juillet 2003
- Cass. com., 30 avril 2003, *Juris-Data*, n° 2003-018805.

- Cass. com., 24 septembre 2003, pourvoi n° 00-20.504.
- Cass. com., 14 janvier 2004, *RDC* 2005, 1008, obs. M. Béhar-Touchais.
- Cass. com., 12 mai 2004, *Contrat. conc. conso.*, 2004, n° 104, *comm.* L. Leveneur.
- Cass. com., 12 mai 2004, *Bull. civ.*
- Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 13 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-026466.
- Cass. civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 01-15.926.
- Cass. com., 22 mars 2005, pourvoi n° 02-21. 105, *Juris-Data*, n° 027784.
- Cass. com., 8 novembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-030701.
- Cass. 13 décembre 2005, *Juris-Data*, n° 031318.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 janv. 2006, *BICC*, n° 641 du 1<sup>er</sup> juin 2006.,
- Cass. com., 14 mars 2006, *Société Flora Partner c/ Société Laurent Portal Rouvelet*.
- Cass. com., 14 mars 2006, *JCP E*, 2006, n° 231902, p. 1012.
- Cass. com., 20 juin 2006, Pourvoi n° 04-14. 663
- Cass. crim., 19 septembre 2006, pourvoi n°05-85.360.
- Cass. com., 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-11.344.
- Cass. com., 27 janvier 2007, *Juris-Data*, n° 2007- 05-19.523
- Cass. com., 12 juin 2007, pourvoi n°05-14548.
- Cass. com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-13.211 ; *JCP E* 2008, p. 25, note D. Mainguy, J.-L. Respaud.
- Cass. com., 9 oct. 2007, *D.* 2008, 298, note D. Ferrier.
- Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-14118.
- Cass. com., 18 déc. 2007 « exclusion de la requalification du contrat d'affiliation en contrat de franchise fondée sur le fait que la transmission du savoir faire n'est qu'accessoire ».
- Cass. com., 29 janvier 2008, pourvoi, n° 06-13462.
- Cass. com., 29 janv. 2008, pourvoi n° 06-20.808.
- Cass. com., 12 février 2008, *Société Theraform c/ Chottin Renard*, n°07-10.462, *Juris-Data*, n°2008-042780.
- Cass. com., 26 fév. 2008, *Juris-Data*, n°06-20.772.
- Cass. soc., 19 mars 2008, pourvoi n°06-45 322, inédit.
- Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°06-13761.
- Cass. com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-20385.
- Cass. com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-18599
- Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-21616.

- Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11326.
  - Cass. com., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13194.
  - Cass. com., 15 septembre 2009, pourvoi n°08-18523, *BICC* n°716 du 15 février 2010.
  - Cass. com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-16428.
  - Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-17.650.
  - Cass. com., 19 janvier 2010, *Société SA Groupe Expert c/ la société Corre*, n°09-10.980.
  - Cass. com., 19 janvier 2010, *JCP E*, 2010, 1348,23, obs. Friedel et Toulouse;
  - Cass. com., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-42614.
  - Cass. com., 2 octobre 2010, n° 09-70116.
  - Cass. com., 14 décembre 2010, pourvoi n°09-72946, *BICC*, n°740, 15 avril 2011.
  - Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42901.
  - Cass. com., 4 octobre 2011, *Société Sodacob c/ Société Equip'buro 59*, n°10-20956.
  - Cass. soc., 18 janvier 2012, pourvoi n° 1016342, 85, *Juris-Data*, n° 2012-000564.
  - Cass. 21 février 2012.
  - Cass. com., 3 avril 2012.
  - Cass. 30 mai 2012.
- 
- CA Douai, 16 mars 1967 : D. 1967, p. 637.
  - CA Paris, 24 janvier 1975, *PIBD* 1975, 3, p. 23.
  - CA Paris, 28 avril 1978, *Juris-Data* n° 763557, *Cah. Dr. Entr. Distribution* 1980 n°5, note J.M. Leloup.
  - CA Paris 16 et 18 décembre 1978, et 10 janvier 1980, *RJ. Com.* 1980, p.18, obs. Ph. Le Tourneau.
  - CA Aix-en-Provence, 10 mars 1981, . *Juris-Data* n° 264674.
  - CA Paris, 2 juin 1982, D. 1983, 437.
  - CA Paris, 9 juillet 1986, D. 1988, *som.* 243.
  - CA Versailles, 9 décembre 1987, *Juris-Data* n° 045452.
  - CA Versailles, 9 décembre 1987, *Juris-Data*, n° 1987-026080.
  - CA Versailles, 9 décembre 1987, *Juris-Data*, n° 600461, *Cah. dr. entr.* 1988, n° 2, p. 42, comm. J.
  - CA Paris, 10 mars 1989, *Quot. Jur.*, 1990, n° 6, p. 2.

- CA Paris, 24 avril 1989, *Juris-Data*, n° 021441.
- CA Paris, 5 juin 1989, *Juris-Data*, n° 022699.
- CA Paris, 15 septembre 1989, *Juris-Data* n° 1989-024714.
- CA Paris, 20 mars 1990, *Juris-Data* n° 021189.
- CA Paris, 13 juill. 1990, *Juris-Data*, n° 023627.
- 1<sup>ère</sup> chambre, CA Dijon, 1<sup>ère</sup> chambre, 10 octobre 1990 in L. Vogel, « Droit de la distribution », *Collection JuriBases*, LawLex, Paris, 2005, n° 490, p. 743.
- CA Dijon, 10 octobre 1990, *Juris-Data*, n° 0048285.
- CA Dijon, 10 octobre 1990 : *LPA*, 21 déc. 1990, n) 153, p. 34.
- CA Paris, 14 décembre 1990, *Juris-Data* n° 026080 .
- CA paris, 4 mars 1991 (3 arrêts, *Juris-Data* n° 021270, 020964, et 020830.
- CA Paris, 16 avril 1991 : *D.* 1992, p. 392, obs. D. Ferrier.
- CA Paris, 2 octobre 1991, *Juris-Data*, n° 024222.
- CA Nîmes, 23 octobre 1991, *Juris-Data* n° 1991-030414.
- CA Montpellier, 30 janvier 1992, *Juris-Data* n° 034082).
- CA Versailles, 12 février 1992, *Juris-Data* n° 1992-046442.
- CA Toulouse, 26 mars 1992, *Juris-Data*, n° 042566.
- CA Toulouse, 26 mars 1992, *Juris-Data*, n° 042566.
- CA Paris, 16 juin 1992, *Juris-Data*, n° 021679.
- CA Paris, 18 juin 1992, *D.* 1995. Somm. 76, obs. Ferrier; *RJDA* 1993, n° 106.
- CA Paris, 22 sept 1992, *D.* 1995, somm. P. 75.
- CA Paris, 29 septembre 1992, *D.* 1992, *IR.*, p. 277.
- CA Paris, 22 octobre 1992, *Juris-Data*, n° 023058.
- CA Paris, 10 mars 1993, *Juris-Data*, n° 21781, *RJDA* 7/13, n°613.
- CA Versailles, 27 mai 1993, *Juris-Data*, n°045068.
- CA Colmar, 28 mai 1993, *Juris-Data*, n° 048286.
- CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1993, *LPA*, 18 octobre 1993, n°125 p.12, note. O. Gast.
- *Juris-Data* n° 023635., CA Paris 2 décembre 1993, *Juris-Data* n° 023635.
- CA Rennes, 30 mars 1994, *Juris-Data*, n° 049910.
- *juris-Data*, CA Paris 3 novembre 1994, *juris-Data*, n° 025094.
- CA Paris, 3 novembre 1994, *Juris-Data*, n° 025094.
- CA Lyon, 13 décembre 1994, *Juris-Data*, n° 048772.
- CA Rouen, 15 mai 2003, Cass, com. 13 déc. 1994, pourvoi n° 92-19.055. *Juris-Data*, n° 218829.



- CA Lyon, 16 décembre 1994, *RJDA*, 1994.
- CA Versailles, 3 mars 1995, Mme Leautic c/ époux Teinturier et a., n° 95-496 .
- CA Paris, 14 avril 1995, *Juris-Data*, n° 021571 .
- CA Aix-en-Provence, 15 septembre 1995, *Juris-Data*, n° 050623.
- CA Lyon, 26 février 1996, les petites Affiches, 3 août 1994, n°092, note Y. Marot.
- CA Paris, 29 février 1996, *Juris-Data*, n° 020858.
- CA Paris, 8 mars 1996, *D.* 1996, *somm.*, p. 108.
- CA Versailles, 4 juillet 1996, *Hédiard, LPA*, 7 janvier 1998, p. 14, note Marot.
- CA Versailles, 4 juillet 1996, *Juris-Data* n°218829.
- CA Versailles, 4 juillet 1996, *Juris-Data*, n°850007 .
- CA Aix-en-Provence, 14 janvier 1997, *Juris-Data* n° 1997-040104.
- *Juris-Data*, CA Lyon du 6 juin 1997, *Juris-Data*, n° 043563.
- CA Paris, 8 juillet 1997, *RJDA*, 1997, n° 1481.
- CA Toulouse, 25 juin 1998, *Juris-Data*, n° 042797.
- CA Paris, 25 septembre 1998, *Juris-Data* n° 024245.
- CA Paris, 11 décembre 1998, *Juris-Data* n° 1998-024235.
- CA Paris, 15 janvier 1999, *D. Aff.* 1999, p.516.
- CA Paris, 2 mars 1999, *Juris-Data* n° 020420.
- CA Paris, 21 mai 1999, *Juris-Data*, n° 024685.
- CA Paris, 3 décembre 1999, *Juris-Data* n° 1999-113122.
- CA Paris, 2 mars 1999, *JCP E* 1999, *LPA* 10 janv 2000, obs. M. Petitier, Ph. Le Tourneau, « droit de la responsabilité et des contrats », *Dalloz action*, 2006/2007.
- CA Paris, 15 mars 2000, *Juris-Data*, n° 109276.
- CA Paris, 19 avril 2000, *Juris-Data*, n° 1362228.
- CA Versailles, 14 septembre 2000, *RG*, n° 00/03354.
- CA Paris, 23 janvier 2001 ; .
- CA Paris, 26 janvier 2001, *Juris-Data* 2001-151449.
- CA Douai, 15 février 2001, *Juris-Data* 2001-170810.
- CA Aix-en-Provence, 30 mars 2001, *Juris-Data* n° 2001-145087.
- CA Paris, 26 septembre 2001, *Juris-Data*, n° 155594 .
- CA Montpellier, 27 novembre 2001, *Juris-Data* n° 2001-176699.
- CA Montpellier, 27 novembre 2001, *Juris-data*, n°176699 .
- CA Paris, 31 janvier 2002, in L. Vogel, « Droit de la distribution », Paris, *LawLex*, 2005, n° 500, p. 756.

- CA Versailles, 7 mars 2002, *Juris-Data* n° 225456.
- CA Paris, 28 juin 2002, *Juris-Data*, n° 2002-188814.
- CA Paris, 3 juillet 2002, D. 2003, *somm.*, p. 2429, , obs. D.Ferrier.
- CA Lyon, 24 juillet 2002, *juris-Data* n° 193214.
- CA Montpellier, 7 janvier 2003, *Juris-Data* n° 212738.
- CA Lyon, 13 février 2003, *Juris-Data*, n°2003-218257.
- CA Rennes, 6 mars 2003, *Juris-Data*, n° 2003-221106.
- CA Paris, 19 mars 2003, D. 2003, *somme*, 2428, obs. D. Ferrier.
- CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-Data*, n° 2003-216322.
- CA Paris, 2 avril 2003, *Juris-Data*, n° 2003-211259.
- CA Paris, 4 avril 2003, *Juris-Data*, n° 215773.
- CA Colmar, 29 avril 2003, *Juris-Data*, n°232142.
- CA Rouen, 15 mai 2003, *Juris-Data*, n° 218829 .
- CA Lyon, 22 mai 2003, *Juris-data*, n° 2003-212752.
- CA Grenoble, 1<sup>er</sup> septembre 2003, *Juris-Data* n° 241377 .
- CA Paris, 15 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 2003-225457.
- CA Paris, 15 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 225457.
- CA Basse-Terre, 20 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 2003-247239.
- CA Paris, 30 octobre 2003, *Juris-Data*, n° 230107.
- CA Paris, 14 janvier 2004, *Juris-Data*, n° 238890.
- CA Versailles, 15 janvier 2004, *juris-Data* n° 248401.
- CA Lyon, 22 janvier 2004, *Juris-Data*, n° 2004-23 7515.
- CA Toulouse, 25 mai 2004, *Juris-Data*, n° 247226.
- CA Aix-en-Provence, 26 mai 2004, *Juris-Data*, n°261120.
- CA Toulouse, 7 décembre 2004, *Juris-Data* n° 264674.
- CA Paris, 12 janvier 2005, *LPA*, 8 décembre 2005, n° 44, p.9, note. Y. Marot.,
- CA Lyon, 12 juillet 2005, *Juris-Data*, n° 2005-292526.
- CA Poitiers, 13 septembre 2005, *Juris-Data* n° 287162, cité par D. Ferrier, D. 2006.
- CA Paris, 21 septembre 2005, *Juris-Data* n° 283908.
- CA Orléans, 4 octobre 2005, *RG* n° 62/2005.
- CA Montpellier, 15 novembre 2005, *RG* n° 2003/22.
- *LPA*, CA Paris 12 janvier 2005, *LPA*, 8 décembre 2005, n° 44, p.9, note. Y. Marot.
- CA Colmar du 31 janvier 2006, *Juris-Data* n°304798.

- CA Paris, 1<sup>er</sup> février 2006, l'exclusivité d'«activité», Lettre distrib., septembre 2006, p.3.
- CA Paris, 1<sup>er</sup> février 2006, *Juris-Data*, n° 309721 .
- CA Nîmes, 14 février 2006 , *Juris-Data*, n° 301670.
- CA Nîmes, 14 février 2006, *Juris-Data*, n° 301670.
- CA Paris, 5 avril 2006, *Juris-Data*, n° 298242.
- CA Versailles, 11 mai 2006, *Juris-Data*, 2006 313422.
- CA Aix-en-Provence, 18 mai 2006, *Juris-Data*, n° 2006-305117.
- CA Chambéry, 30 mai 2006, *Juris-Data*, n° 312337.
- CA Paris, 7 juin 2006, « droit de la franchise », *LPA*, 15 novembre 2007, p. 25.
- CA Paris, 7 juin 2006, *Juris-Data*, n° 2006-312420.
- CA Paris, 21 juin 2006, *Juris-Data*, n° 2006-304912.
- CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data*, n° 2006-312416, comm. in F.-L. Simon, Droit de la franchise, *LPA* 2007, numéro spécial, n° 83, p. 27, V. Lamanda.
- CA Paris du 19 juillet 2006, *Juris-Data* n° 311531.
- CA Paris, 13 sept 2006, *Juris-Data* n°312382.
- CA Chambéry, 10 octobre 2006, *Juris-Data*, n° 322011.
- CA Toulouse, 13 octobre 2006, *Juris-Data* n° 277205.
- CA Toulouse, 13 octobre 2006, *Juris-Data*, n°326205.
- CA Lyon, 26 octobre 2006, *Juris-Data* n°320959.
- CA Paris, 16 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-322715.
- CA Paris, 23 novembre 2006, *RG*, n° 03/02384.
- CA Angers, 19 décembre 2006, *Juris-Data*, n° 330903.
- CA Bordeaux, 24 janvier 2007, *RG* n° 04/06594.
- CA Bordeaux, 24 janvier 2007, *RG*, n° 04/06592.
- CA Orléans, 8 février 2007, *Juris-Data*, n° 351512.
- CA Lyon, 22 mars 2007, *Juris-Data*, n° 2007-332144.
- CA Aix-en-Provence, 12 avril 2007, *Juris-Data*, n° 338809.
- CA Grenoble, 26 avril 2007, *Juris-Data*, n° 341065.
- CA Douai, 6 septembre 2007, n° 06/01777, SA Phildar c/X , D. 2007, *AJ*. 2303, obs. Chevrier.
- CA Grenoble, 2 octobre 2007, *Juris-Data*, n° 355938.
- CA Lyon, 8 novembre 2007, *RG* n° 05/06933.

- CA Lyon, 8 novembre 2007, *RG* n° 05/06933.
- CA Dijon, 15 novembre 2007, *Juris-Data*, n° 2007-355669.
- CA Lyon, 22 novembre 2007, *RG*, n° 06/05164.
- CA Montpellier, 27 novembre 2007, *Juris-Data*, n° 2007-353372.
- CA Paris, 29 novembre 2007, *Juris-Data*, n°353808.
- CA Toulouse, 11 décembre 2007, *Juris-Data*, n° 364023.
- CA Toulouse, 11 décembre 2007, *RG* n° 06/02396.
- CA Toulouse, 11 décembre 2007, *RG* n°06/0239.
- *Juris-Data* n°2008-355369., CA Paris 8 janvier 2008, *Juris-Data* n°2008-355369.
- CA Pau, 8 janvier 2008, *RG*, n° 06/04111.
- CA Paris, 16 janvier 2008, *D. 2008*, p. 288, obs. C. Manara.
- CA Colmar, 12 février 2008, *RG*, n° 06/05059.
- CA Paris, 20 février 2008, *RG* n° 05/21773.
- CA Paris, 20 février 2008, *RG* n°5/21773.
- CA Paris, 20 février 2008, *RG*, n°05/02241.
- CA Colmar, 26 février 2008, *RG* n° 06/0531.
- CA Toulouse, 5 mars 2008, *Juris-Data* n° 365296 : *LPA* 4 décembre2008, p. 22 et 5., n° 61.
- CA Paris, 2 avril 2008, *Juris-Data* n° 364977.
- CA Nîmes, 17 avril. 2008, *Juris-Data* n°363533.
- CA Nîmes, 17 avril 2008, *Juris-Data*, n°363533.
- CA Paris, 3 juin 2008, *RG*, n° 05/02285.
- CA Paris, 6 juin 2008, *RG* n° 07/03323.
- CA Angers, 17 juin 2008, *Juris-Data*, 2008-369035.
- CA Angers, 17 juin 2008, *RG* n° 07/02547.
- CA Rennes, 17 juin 2008, *Juris-Data*, n° 2008-006572.
- CA Nîmes, 19 juin 2008, *RG*, n° 06/4867.
- CA Toulouse, 2 juillet 2008, *RG*, n° 08/01759.
- CA Paris, 10 septembre 2008, *RG*, n° 06/03262.
- CA Metz, 23 septembre 2008, *JurisData* n° 2008-371948.
- CA Paris, 24 septembre 2008, *Juris-Data*, n° 2008-374079.
- CA Paris, 24 septembre 2008, *RG*, n° 06/03859.
- CA Paris, 24 septembre 2008, *SA Valfinances c/ Société Malteste*, n°06/04420, *Juris-Data* n° 2008-374047.

- CA Nancy, 22 octobre 2008, *RG*, n° 00/00865.
- *RG* n° 07/17215., CA Paris 5 novembre 2008, *RG* n° 07/17215.
- CA Paris, 6 novembre 2008, *Juris-Data*, n° 2008-375289.
- CA Paris, 19 novembre 2008, *RG* n° 06/02483.
- CA Paris, Paris 22 mai 2008, *LPA* 4 décembre 2008, p. 22, n° 63.
- CA Paris, 7 janvier 2009, *RG* n° 06/13301.
- CA Paris, 7 janvier 2009, *RG*, n° 06/13673.
- CA Paris, 14 janvier 2009, *Juris-Data*, n° 2009-000549.
- CA Caen, 15 janvier 2009, *RG* n° 07/03687 .
- CA Paris, 21 janvier 2009, *RG*, n° 06/11392.
- CA Paris, 22 janvier 2009, *RG* n° 06/14035.
- CA Dijon, 10 mars 2009, *Juris-Data*, n° 376068.
- CA Paris, 18 mars 2009, *Juris-Data*, n° 2009-002274.
- CA Paris, 18 mars 2009, *RG*, n° 07/01386 ; *Juris-Data*, n° 2009-002274.
- CA Grenoble, 23 avril 2009, *Juris-Data*, n° 2009-004990.
- CA Paris, 29 avril 2009, *Juris-Data* n° 2009-006977.
- CA Nîmes, 29 juin 2009.
- CA Paris, 23 septembre 2009.
- CA Dijon, 17 décembre 2009.
- CA Chambéry, 5 janvier 2010, *Juris-Data* 2010-003545.
- CA Rennes, 23 février 2010.
- CA Paris, 19 mai 2010, dans une affaire opposant *la société Sodacob contre Equip'buro 59*, n°08/08128, *Juris-Data* n°2010-011820.
- CA Paris, 22 septembre 2010, n° 09/14659.
- CA Angers, 28 septembre 2010.
- CA Rennes, 19 octobre 2010, dans l'affaire *Valoris Développement Sas c/ SMB et SGSL*, *RG* n°328, 09/05428.
- CA Toulouse, 27 octobre 2010.
- CA Versailles, 25 Novembre 2010, n° 09/06245, *Société NARASCO FOOD, c/ Société KFC France*.
- CA de Douai, 16 décembre 2010, n° 09/03535.
- CA Paris, 9 février 2011, *Juris-data*, n° 2011, 020406.
- CA Paris, 30 mars 2011.
- CA Montpellier, le 12 avril 2011, *RG*, n°09-07385.

- CA Colmar, 19 juillet 2011, *Rev. Concurrences* 2011, p.4, note D. Ferrier.
- CA Rennes, 3 juillet 2012.
  
- Cons. conc., 24 mai 1994, décision n° 94-D-31, dans l'affaire *Jacques Dessange*.
- Cons. conc., 24 mai 1994, décision n° 94-D-32, dans l'affaire *Jean-Louis David Diffusion*.
- Cons. conc., 1996, décision n° 96-D-16,.
- Cons. conc., 28 mai 1996, décision n° 96-D-38,.
- Cons. conc., 24 juin 1997, *Juris-Data*, n° 1997-970393.
- Cons. conc., 18 mars 1997, décision n° 97-D-36, dans l'affaire *Zannier*.
- Cons. conc., 6 juillet 1999, décision n° 99-D-49, dans l'affaire Yves Rocher.
- Cons. const. 9 nov. 1999, déc. n° 99-419 DC précitée, § 61.
- Cons. const., 9 novembre 1999, décis. n° 99-419 DC, §61, *JO* 16 novembre 1999, p.16962, ;, *RTD civ.*, 2000, p. 109, note J. Mestre et B. Fages.
- Cons. conc., 24 septembre 2001, décision n° 01-D-58,
- Cons. conc., 5 octobre 2006, décision n° 06-D-28, § 32,
- Cons. conc., 30 juin 2009, décision n° 09-D-23 ,
  
- Trib. com. Pontoise, 6 nov. 1967 : *Gaz. Pal.* 1968, 1, p. 82, note A. Chavanne ; *RTD com.* 1968, 82)
- Trib. corr., Nanterre, 5 mai 1981.
- Trib. com. Paris, 3 novembre 1992, *JCP* 1993. IV. 493.
- Trib. com. Mons, 31 octobre 1996.
- Trib. com. Paris, 5 novembre 2002, *Juris-Data*, n°199793.
- Trib. com. Paris, 23 novembre 2003, *Juris-Data*, n° 235448.
- Trib., com. Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2005, *Juris-Data*, n° 199490.
- Trib. com. Chambéry, 26 août 2005, *RG* n° 2004/00323.
- Trib. com. Paris, 9 septembre 2005, *RG*, n° 2004/004816.
- Trib. com. Paris, 28 septembre 2005, *RG*, n° 2002-055929.
- Trib. Com. Marseille, 17 mars 2008, *RG*, n° 2007/F01813.
- Trib. com. Rouen, 29 septembre 2008, *RG*, n° 2006/003843.
- Trib. com. Troyes, 22 juin 2009, *RG*, n° 2009/000491.

- TGI Paris, 20 mars 1976.
- TGI de Paris, 30 octobre 1998, *Gaz. Pal.*, 28 mars 1999, p. 32, obs. J.-D. Barbier.
- TGI Nanterre, 20 mars 2000, *Juris-Data*, n° 142509.

## 2. BIBLIOGRAPHIE ETRANGERE

- Baccichetti (E.), « Pratique du droit des réseaux de distribution, chronique n° 1 », *LPA*, 15 juin 2004, n° 119, p.10 ; Paris 25<sup>ème</sup> Ch., sect. A, 23 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-312403, *JCP E*, 2007, 1086, obs. Deberdt.
- Baccichetti (E.), « Pratique du droit des réseaux de distribution », chronique n° 1 », *LPA*, 15 juin 2004, n°119, p.10.
- Biase (A.D.) « La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l' abuso di dipendenza economica », *Europa e diritto privato*, 2007, n° 3, p.813.
- Bortolotti (F.), « La nuova legge sul franchising prime impressioni », *Contratto e impresa-Europa*, 2004, 91-120, p.113.
- Braun (F.), « Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen », *NJW*, 1995, p504 et suivant; OLG München, *NJW, RR*, 1997, p.812 et suivant.
- Braun (F.), « Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen », *NJW*, 1995, p.504.
- Caruso (M.A.), « Franchising e trasferimento del know how », *lure Praesentia*, 1997, p.219 et s.
- Colangelo (G.), « Prime note di commento alla normativa in materia di franchising », *Corr. giur.*, 2004, p.851 et s.
- Dorp (E.V.), « Haftung des Franchisegebers aus c.i.c.- Tendenzwende zur Rentabilitätsgarantie », *WiB*, 1995, p.285.
- Erdmann (G.), « Vorvertragliche Aufklarungs- und Offenlegungspflichten bei Franchise-Vertragen nach deutschem Recht », in *Gediichnisschrift for Walther Skaupy*, BB, 1992, p.50.
- Flohr (E.), « Vorvertragliche AufkHirungspflichten des Franchise-Gebers - Grundsätze und Beispieleaus der Rechtsprechung », *WiB*, 1996, p.1137.

- Frignani (A.), Factoring - Leasing - Franchising - Venture capital - Leveraged Buy-out- Hardship clause - Countertrade- Cash and Carry - Merchandising - Know how - Securization, Torino, 1996, p.220.
- Giesler (J.P.), « Das Minderungsrecht des Franchisenehmers », *ZIP* 2000, p.2102.
- Giesler (J.P.), in Giesler et Nauschutt, Franchiserecht, *loccit.*, *BB* 2003, p.1025 n° 14.
- Giner Parreno (C.A.), Distribucion y libre competencia (el aprovisionamiento dei disfribuidor), Madrid, *Montecorvo*, 1994, p.77.
- Gruenberg(S.) et Hurwitz (A.H.), The *FTC* Franchise Rule, American Bar Association, 2008, Appendix H, p.31916 CFR § 436.3 - 436.5, *FR* vol72 (30 mars 2007), p.15545-15559.
- Guynot (J.), « Licensing et franchising », *Gaz. Pal* 1976, 1, doc. tr., p.155, n°24.
- Haib (A.) et Siemens (W.), « Vorvertragliche AufkUirungspflichten des Franchisegebers im deutschen und US-amerikanischen Recht », *RIW*, 2000, p.598.
- Kroll (W.), “*Informationspflichten im Franchising*”, Frankfurt am Main, 200 l, p. 72; R. Bohner, *loc. cit.*, “in Gediichtnisschrift for Walther Skaupy”, *NJW* 1994, p.16.
- Martinek (M.), Moderne Vertragstypen”, *Band2*, “Franchising, Know-how-, Marketing- und Consultingvertriige”, Mûnehen : *Beek* 1992, p.219.
- Miller (M.), « Unintentional franchising », *St Mary's L.J.*, 2005, vol. 36, p.302.
- Priscoli (L.D.), « Patto di esclusiva e rapporto tra franchisees », *Giur.comm.*, 2001, 1, p.581.
- Stumpf (H.), “Der Know-How- Vertrag”, *3ème éd.*, Heidelberg, 1977, ann. 10
- Tanzarella (E.), « La nuova disciplina del franchising », *Rassegna di diritto civile*, 2005, p.562.
- Venezia (A.), « Il completamento della normativa italiana e di contratti intemazionali di franchising », *I contratti*, 2006, p.995.
- Zeidman (P.), “Franchising and Other Methods of Distribution: Regulatory Pattern and Judicial Trends”, *Corporate Law and Practice Series*, 2008.
- Zuddas (V.G.), Somministrazione, concessione di vendita, franchising, cil.

### **Jurisprudence Etrangère :**

- Arrêt *Keates v Cadogan* de 1851, 10, C.B. 591.
- Arrêt *Smith v Hughes* de 1871, *LR* 6, QB 597.
- Arrêt *Ward v Hobbs* de 1878, 4 *App.* Cas. 13.



- Autorité italienne de la concurrence, 26 juillet 2001, décision n° 9794, dans l'affaire *Heineken Canale Horeca*, *Bollettino* n° 30, 2001.
- CCI, publication n°458, 3 décembre 1991.
- CJCE, 25 octobre 1983, aff. 107 :82, *Rec. CJCE* 1983, p. 3151.
- CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia deParis Irmgard Schillgallis*, *Rec. CJCE*, 1353, comm. In J.-P. Clément, M.-C. Boutard-Labarde, «La franchise et le droit européen de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 1986, p. 228 et s.
- CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris, GmbH c/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Rec. CJCE* 0986
- CJCE, 28 janv. 1986, *Pronuptia* : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 361. - Règl. n° 4087/1988, préc., art. 3.
- C.J.C.E., 28 janvier 1986, dans l'affaire n° 161/84, *Rec. CJCE*, p. 353, att. 13 et 15.
- CJCE, 13 juil. 2006, arrêt n° C-74/04 P.
- Comm. CE, Yves Rocher, 17 déc. 1986, *JOCE* n° L. 8, 10 janvier 1987, § 44.
- Comm. Bruxelles, 15 octobre 1993, *R.D.C*, 1994, p.468.
- Com., 30 janvier 2002, *Rev. crit. DIP*, 2001. 539, note S. Poillot-Peruzzetto.
- Cour suprême Américaine, rendue en 1917, dans l'affaire *Laidlaw contre Organ*.
- OLG Karlsruhe, 13 mars 1989 - 12 U 235/88 ; J. P. Giesler, *loc.cit.*, *ZIP* 2000, p. 2102.
- OLG München, *NJW*, 1994, p. 667 et s.
- OLG München, *NJW-RR*, 1997, p. 812 et p. s.
- OLG Brandenburg, *NJW-RR*, 2006, p. 51 et s.
- Tribunal de Bologne, 2 septembre 1999.
- Tribunal de commerce de Liège, 14 mai 2009, *R.G.* A/07/2525-2622 et A/07/2524-2620.

### **Sites Internet – Sources numériques**

- [www.eff-franchise.com](http://www.eff-franchise.com)
- [www.franchise.org](http://www.franchise.org)
- [www.franchiseeurope.com](http://www.franchiseeurope.com)
- [www.franchise-FFF.com](http://www.franchise-FFF.com)
- [www.Franchise-magazine.com](http://www.Franchise-magazine.com).
- [www.toute-la-franchise.com](http://www.toute-la-franchise.com)
- [www.wikipédia.org](http://www.wikipédia.org)

## **TABLES DES MATIÈRES**

<b>DÉDICACE</b> .....	1
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	2
<b>SOMMAIRE</b> .....	4
<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS</b> .....	6
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	10
<b>CHAPITRE PRELIMINAIRE</b> .....	25
Section I : Les différentes formes de franchise selon leurs objets et leurs secteurs d'activité. ....	25
Section II - Les différentes franchises selon leurs formes organisationnelles.....	37
Statistiques démontrant l'évolution de la franchise en France et en Europe.....	41
<b>PREMIÈRE PARTIE : LA DÉLIMITATION DU CONTRAT DE FRANCHISE ET LA NOTION DE SAVOIR FAIRE</b> .....	50
<b>CHAPITRE I : La délimitation et la formation du contrat de franchise</b> .....	53
Section I : La définition et les caractères du contrat de franchise.....	54
Paragraphe I : La définition du contrat de franchise en droit national.....	54
Sous-Paragraphe 1 : L'arrêté « Neiertz » du 21 février 1991.....	54
Sous-Paragraphe 2 : La loi dite « Doubin » du 31 décembre 1989.....	55
Sous-Paragraphe 3 : L'article L 330-3 du Code de commerce.....	56
Paragraphe II : La définition du contrat de franchise en droit communautaire.....	59
Sous-Paragraphe 1 : Le règlement (CEE) n° 4087/88 du 30 novembre 1988.....	59
Sous-Paragraphe 2: Le règlement d'exemption du 22 décembre 1999.....	63
Sous-Paragraphe 3 : Le code européen de déontologie de la franchise.....	64
Paragraphe III : La définition doctrinale et jurisprudentielle du contrat de franchise.....	65
.	
Sous-Paragraphe 1 : La définition doctrinale du contrat de franchise.....	65
Sous-Paragraphe 2 : La définition jurisprudentielle du contrat de franchise.....	66
Paragraphe IV : Les caractéristiques du contrat de franchise.....	68

Sous-Paragraphe 1 : Le contrat de franchise est un contrat cadre.....	68
Sous-Paragraphe 2 : Le contrat de franchise est un contrat consensuel.....	69
Sous-Paragraphe 3 : Le contrat de franchise est un contrat synallagmatique innommé.....	69
Section II : Le contrat de franchise et les contrats commerciaux voisins.....	72
Paragraphe I : Le contrat de franchise et le contrat de concession.....	72
Sous-Paragraphe 1 : Les points de similitude entre les deux contrats.....	72
Sous-Paragraphe 2 : Les points de différence entre les deux contrats.....	73
Paragraphe II : Le contrat de franchise et le contrat de vente.....	74
Sous-Paragraphe 1 : La différence entre contrat de franchise et contrat de vente.....	75
Sous-Paragraphe 2 : La position de la jurisprudence par rapport à cette question.....	76
Paragraphe III : Le contrat de franchise et le contrat de distribution sélective.....	76
Sous-Paragraphe 1 : Les points de similitude.....	77
Sous-Paragraphe 2 : Les points de divergence.....	77
Paragraphe IV : Le contrat de franchise et la licence de marque.....	78
Sous-Paragraphe 1 : Les points de rapprochement.....	80
Sous-Paragraphe 2 : Les points de différence.....	80
Paragraphe V : Le contrat de franchise et le contrat d'affiliation.....	82
Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat d'affiliation.....	82
Sous-Paragraphe 2 : Les points de rapprochement.....	82
A- Les points de rapprochement.....	83
B- Les points de divergence.....	83
Paragraphe VI : Le contrat de franchise et le contrat de commission.....	86
Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat de commission.....	86
Sous-Paragraphe 2 : les points de rapprochement et les points de divergence entre le contrat de franchise et le contrat de commission.....	87
A- Les points de rapprochements.....	87
B- Les points de divergence.....	88

Paragraphe VII : Le contrat de franchise et le contrat de mandat.....	90
Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat de mandat.....	90
Sous-Paragraphe 2 : Les points de similitude et les points de divergence entre les deux contrats.....	91
A- Les points de similitude entre les deux contrats.....	91
B- Les points de divergence.....	92
Paragraphe VIII : Le contrat de franchise et le contrat dit de « partenariat » .....	93
Section III : Le contrat de franchise et le contrat de travail.....	95
Paragraphe I : La distinction entre les deux contrats.....	95
Sous-Paragraphe 1 : La définition du contrat de travail.....	96
Sous-Paragraphe 2 : Les caractéristiques du contrat de travail.....	96
A- La prestation de service de l'employeur.....	96
B- La rémunération.....	96
C- La subordination juridique.....	97
Paragraphe II : La requalification du contrat de franchise en contrat de travail.....	97
Sous-Paragraphe 1 : L 'existence d'un lien de subordination juridique.....	98
A- Le principe.....	98
B- L'application du principe à la franchise.....	99
Sous-Paragraphe 2 : La conséquence de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail.....	101
Sous-Paragraphe 3 : L'application des règles du Code du travail en dehors de toute requalification.....	103
Section IV : La formation du contrat de franchise.....	106
Paragraphe I : La négociation du contrat de franchise.....	106
Sous-Paragraphe 1 : L'entrée en négociations.....	107
A- La négociation du contrat de franchise.....	107
B- La rupture des négociations.....	109
1- La rupture des négociations et la liberté contractuelle.....	110

2- La rupture des négociations et les avants contrats.....	113
Sous-Paragraphe 2 : Les autres avant-contrats.....	115
A- Le pacte de préférence.....	116
B- La promesse unilatérale.....	117
Paragraphe II : La conclusion du contrat de franchise.....	120
A- Le consensualisme du contrat de franchise.....	121
B- Les règles de preuve.....	123
Conclusion du 1 <sup>er</sup> chapitre.....	125
<b>Chapitre II : La délimitation de la notion du savoir-faire.....</b>	<b>126</b>
Section I : L'appréhension de la notion du savoir-faire.....	128
Paragraphe I : la définition légale du savoir-faire ou du « Know How » .....	130
Sous-Paragraphe 1 : La définition du savoir faire par le droit interne.....	131
Sous-Paragraphe 2 : la définition du droit communautaire et international.....	132
Paragraphe II : Les définitions jurisprudentielles et doctrinales du savoir-faire.....	144
Sous-Paragraphe 1 : Les tentatives de définition du savoir faire par la jurisprudence	144
Sous-Paragraphe 2 : La définition doctrinale du savoir faire.....	148
Section II : Les caractéristiques, le renouvellement et la protection du savoir faire....	152
Paragraphe I : La distinction du savoir-faire avec d'autres notions voisines.....	152
Sous-Paragraphe 1 : Le savoir faire et le secret de fabrication.....	153
Sous-Paragraphe 2 : Le savoir faire et le brevet.....	160
Sous-Paragraphe 3 : Le savoir faire et le tour de main.....	168
Sous-Paragraphe 4 : Le savoir faire, les connaissances et l'assistance technique.....	169
Paragraphe II : Les critères requis du savoir-faire dans le cadre d'un contrat de franchise.....	171
Sous-Paragraphe 1 : Le savoir faire est un ensemble finalisé.....	172
Sous-Paragraphe 2 : Le savoir faire est un ensemble de connaissances pratiques.....	173
A- En matière de franchise de distribution.....	173

B- En matière de franchise de service.....	174
C- En matière de franchise de production ou de franchise industrielle.....	174
Sous-Paragraphe 3 : Les connaissances doivent être transmissibles.....	174
Sous-Paragraphe 4 : Les informations qui composent le savoir faire ne sont pas brevetées.....	175
A- Le savoir-faire doit être secret.....	176
B- Le savoir faire doit être substantiel.....	180
C- Le savoir faire doit être identifié.....	182
1- L'identification du savoir-faire et le caractère « intuitus personae » .....	182
2- L'identification ne doit pas entraver la confidentialité du savoir faire.....	188
Paragraphe III : Le renouvellement du savoir faire.....	194
Sous-Paragraphe 1 : L'indispensable renouvellement du savoir faire.....	194
A- La modification du concept de savoir faire.....	194
B- L'évolution du cadre juridique et commercial général.....	195
Sous-Paragraphe 2 : Les difficultés liées au renouvellement du savoir faire.....	196
A- L'évolution du lien contractuel entre les deux parties au contrat de franchise	196
B- Le développement de la structure du franchiseur.....	197
Paragraphe III : La protection du savoir faire.....	197
Sous-Paragraphe 1 : Les dispositifs de protection légaux.....	198
A- La protection de l'action en concurrence déloyale.....	198
B- La protection assurée par le droit pénal.....	199
C- La protection assurée par d'autres textes législatifs.....	201
Sous-Paragraphe 2 : Les autres dispositifs de protection.....	201
A- La mise en place d'un dispositif d'information.....	202
B- Les engagements contractuels de confidentialité.....	203
C- La mise en place d'un système de sécurité.....	203
Conclusion du 2 <sup>ème</sup> Chapitre.....	206

Conclusion Générale de la Première Partie.....	209
<b>DEUXIEME PARTIE : L'exécution et l'extinction du contrat de franchise.....</b>	<b>216</b>
<b>Chapitre Premier : Les obligations du franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise.....</b>	<b>219</b>
Section I : Les principales obligations du franchiseur.....	220
Paragraphe I : L'obligation d'information précontractuelle.....	221
Sous-Paragraphe 1 : L'obligation d'information en droit interne.....	222
Sous-Paragraphe 2 : L'obligation d'information en droit européen et international....	226
Sous-Paragraphe 3 : Le contenu de l'obligation d'information précontractuelle.....	233
Paragraphe II : Les obligations spécifiques relatives à la transmission des techniques commerciales.....	251
Sous-Paragraphe 1 : Les obligations relatives à la transmission du savoir faire.....	251
Sous-Paragraphe 2 : L'obligation d'assistance technique et commerciale.....	263
Paragraphe III : Les obligations non spécifiques relatives à l'image du réseau.....	272
Sous-Paragraphe 1 : Les obligations visant à assurer la renommée du réseau et le contrôle du respect du savoir faire.....	273
Sous-Paragraphe 2 : L'obligation d'assurer la publicité de réseau.....	275
Sous-Paragraphe 3 : Les obligations relatives à la marque et à l'enseigne.....	278
Section II : Les autres obligations du franchiseur relatives à l'approvisionnement et à l'exclusivité territoriale.....	282
Paragraphe I : L'obligation d'approvisionnement.....	283
Sous-Paragraphe 1 : La qualité de professionnel du franchisé et les garanties fournies par le franchiseur.....	289
Sous-Paragraphe 2 : La prohibition de l'abus dans le cadre de l'approvisionnement....	290
Paragraphe II : L'obligation d'exclusivité territoriale.....	293
Sous-Paragraphe 1 : Les différents types d'exclusivité territoriale.....	295
Sous-Paragraphe 2 : L'exclusivité territoriale et la vente sur internet.....	298
Conclusion du 1 <sup>er</sup> Chapitre.....	303
<b>Chapitre II : Les obligations du franchisé et l'extinction du contrat de franchise</b>	<b>308</b>

Section I : Les obligations financières et les obligations découlant du transfert du savoir faire.....	310
Paragraphe I : Les obligations pécuniaires du franchisé.....	311
Sous-Paragraphe 1 : L'obligation de paiement du droit d'entrée.....	311
Sous-Paragraphe 2 : Les redevances d'exploitation.....	316
Paragraphe II : Les obligations du franchisé relevant de l'appartenance à un réseau et liées à la réitération de la réussite du franchiseur.....	320
Sous-Paragraphe 1 : L'obligation de garder secret les éléments du savoir faire et l'obligation de non-concurrence contractuelle.....	320
A- L'obligation de respecter et de garder secret les éléments du savoir faire.....	321
1- Le respect du savoir faire par le franchisé.....	324
2- La mise en œuvre du savoir faire.....	325
3- L'obligation de garder secret le savoir faire.....	326
B- L'obligation de non-concurrence contractuelle.....	330
Sous-Paragraphe 2 : Les obligations liées à la marque et à l'enseigne.....	334
A- L'obligation pour le franchisé de défendre la marque.....	336
B- L'obligation de publicité du franchisé.....	338
Paragraphe III : Les autres obligations mises à la charge du franchisé.....	339
Sous-Paragraphe 1 : L'exclusivité d'approvisionnement ou d'achat exclusif.....	340
Sous-Paragraphe 2 : Les obligations relatives à la vente des produits et aux garanties de paiement.....	347
A- Les obligations relatives à la vente de produits et aux prix pratiqués par le franchisé.....	348
B- Les garanties de paiement.....	356
1- La garantie à première demande.....	356
2- Le nantissement du fonds de commerce du franchisé.....	358
3- Le cautionnement et le porte-fort.....	360
Section II : L'extinction du contrat de franchise.....	364
Paragraphe I : Les diverses causes d'extinction du contrat de franchise.....	366



Sous-Paragraphe 1 : La survenance du terme.....	366
Sous-Paragraphe 2 : La résiliation.....	372
A- La résiliation unilatérale du contrat de franchise.....	373
B- La résiliation bilatérale ou amiable du contrat de franchise.....	376
Paragraphe II : Les effets de l’extinction du contrat de franchise.....	380
Sous-Paragraphe 1 : Les obligations post-contractuelles du franchisé.....	380
A- La clause de secret sur le savoir faire post-contractuelle.....	381
B- La clause de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelle.....	383
C- L’interdiction d’utilisation des signes distinctifs et l’obligation de restitution des biens matériels et immatériels.....	392
Sous-Paragraphe 2 : Les obligations post-contractuelles du franchiseur.....	396
A- L’obligation relative à la reprise des stocks.....	396
B- L’obligation d’indemnité de clientèle.....	400
Paragraphe III : La loi applicable et le tribunal compétent en matière de franchise.....	403
Conclusion du 2 <sup>ème</sup> Chapitre.....	410
Conclusion de la 2 <sup>ème</sup> Partie.....	413
<b>Conclusion Générale</b> .....	415
<b>ANNEXES</b> .....	420
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	484
<b>TABLES DES MATIÈRES</b> .....	511