

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 4

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Profa. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 4 (janeiro/junho 2009)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**LA CONCLUSION DU CONTRAT DE FRANCHISE:
LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE**

**A CONCLUSÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA:
A PROCURA DO EQUILIBRIO**

M.H. Monserie-Bon

Résumé: Le législateur français, conscient des particularités des contrats de distribution en général et des contrats de franchise en particulier, s'efforce de maintenir un certain équilibre lors de la conclusion du contrat de franchise pour assurer une protection au franchisé qui apparaît comme une partie faible. Ainsi, la sélection des candidats franchisés est contrôlée (I) et le franchiseur est contraint de fournir des informations au franchisé avant la conclusion du contrat (II).

Resumo: O legislador francês, ciente das particularidades dos contratos de distribuição em geral e dos contratos de franquia em especial, esforça-se para manter um certo equilíbrio quando da conclusão do contrato de franquia, a fim de assegurar uma proteção ao franqueado que aparece como a parte hipossuficiente. Assim, a seleção de candidatos a franqueados é controlada (I) e o franqueador é obrigado a fornecer informações ao franqueado antes da conclusão do contrato (II).

Mots clés: Franchise, Conclusion du contrat; *intuitu personae*; obligation précontractuelle d'information

Palavras-chave: Franquia, Conclusão de contrato; *intuitu personae*; obrigação pré-contratual de informação

Les réseaux de franchise sont devenus une forme très fréquente de distribution en France et leur développement ces dernières années ont fait naître des interrogations auxquelles la Cour de cassation apporte des réponses empreintes de mesure qui doivent permettre de rétablir un équilibre dans les relations contractuelles établies entre les franchiseurs et les membres du réseau de franchise, les franchisés.

En effet, la pratique des contrats de distribution montre que ces contrats sont souvent marqués d'un déséquilibre «congénital». Le franchiseur dont la puissance économique est généralement bien plus grande que celle du franchisé est alors, en mesure d'imposer à son cocontractant, un contrat pré-rédigé qui ne donnera pas lieu à une négociation entre les parties, le franchisé se contentant d'adhérer aux conditions contractuelles déterminées unilatéralement par le maître du réseau. Les contrats de distribution entrant dans la catégorie des contrats entre professionnels, les dispositions protectrices du droit de la consommation ne sont d'aucun secours pour rétablir ce rapport de forces.

En outre, il faut souligner que le droit français ne comporte aucune réglementation d'ensemble des contrats de distribution dont l'encadrement juridique découle donc du droit commun des contrats, des apports jurisprudentiels et de normes professionnelles qui constituent une «soft law» instituant de bonnes pratiques non contraignantes pour les membres des réseaux¹. Il n'y a donc guère que le droit communautaire qui fournisse des règles qui ont principalement pour objet de valider les réseaux de distribution au regard du droit de la concurrence, plus particulièrement des pratiques anticoncurrentielles.

1 D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec 2007, n° 676; Ph. le Tourneau, Les contrats de franchisage, Litec 2007.

Face à ce constat qui pourrait paraître alarmant, il faut tout de même souligner que le franchisé n'est pas totalement désarmé lors de la conclusion du contrat de franchise puisque la jurisprudence s'emploie à lui assurer une protection quant aux conditions d'accès au réseau de franchise (I), que le législateur est venu conforter en instaurant une obligation précontractuelle d'information (II).

I — Le contrôle des conditions d'accès au réseau de franchise

Il est traditionnel d'affirmer que les contrats de distribution et donc le contrat de franchise sont des contrats conclus *intuitu personae*. Dans cette relation contractuelle, *l'intuitus personae* est bilatéral, la considération de la personne du franchiseur étant aussi importante que celle du franchisé, comme la Cour de cassation vient encore récemment de l'affirmer². Ce caractère *intuitu personae* des contrats de franchise se répercute, bien évidemment, sur leur régime juridique et conduit à se pencher, notamment sur les conditions d'entrée dans le réseau de distribution et sur les modalités de sélection des franchisés par le franchiseur. Par hypothèse, la conclusion du contrat de franchise qui permet au franchisé d'accéder à une activité économique pour laquelle il va bénéficier d'un savoir-faire constitue une opportunité qui attire généralement plus de candidats qu'il n'existe de zones géographiques à attribuer. Le choix opéré par le franchiseur, qui empêche certaines personnes d'entrer dans le réseau, soulève un contentieux qui se cristallise essentiellement sur la possibilité de contrôler le choix opéré par le franchiseur. Or, le caractère *intuitu personae* déjà mentionné de ce rapport contractuel semble plutôt conduire à considérer que le droit de choisir son partenaire est discrétionnaire pour le franchiseur.

2 Cass. com. 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007 (www.legifrance.gouv.fr), Revue contrats, concurrence, consommation, août 2008, comm. 200, obs. M. Malaurie-Vignal «le contrat de franchise conclu en considération de la personne du franchiseur ne peut être transmis O qu'avec l'accord du franchisé».

La Cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 25 janvier 2000³ a précisé, à propos d'un contrat de concession, qu'une cour d'appel devait être censurée car elle s'est déterminée par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par le concédant, critères qui ne permettent pas de **vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats**. Ainsi, la Cour de cassation rompt avec la possibilité de choisir discrétionnairement les distributeurs qui souhaitent entrer dans le réseau. Si l'arrêt statue sur un contrat de concession, rien n'interdit de transposer la solution aux contrats de franchise, qui de ce point de vue obéissent aux mêmes règles. Ainsi, la liberté du franchiseur est réduite et ses critères de sélection doivent être objectifs, transparents et ne doivent pas conduire à des discriminations entre les différents candidats. Cette nouvelle position permet de protéger les franchisés contre l'arbitraire du franchiseur. Il faut alors opérer un rapprochement avec les solutions consacrées, sous l'influence du droit communautaire, pour la distribution sélective⁴. Il faut tout de même noter que cette protection est relative, le franchiseur ayant simplement à établir la nature de ses critères de sélection afin qu'ils soient considérés par le juge comme non discriminatoire. Il sera en réalité bien difficile d'aller plus loin dans le contrôle judiciaire de la sélection opérée par le franchiseur. Mais, cette tendance à la protection du futur franchisé est de nature à moraliser les pratiques précontractuelles dont les excès ont pu être mis en exergue ces dernières années. En effet, l'engouement suscité par la franchise⁵, le développement des réseaux de distribution et leurs besoins d'extension ont créé un véritable marché et l'apparition de réseaux dont le sérieux et les intentions ne sont pas toujours

3 Cass. com. 25 janv. 2000, Revue Contrats, conc., cons. avr. 2000, comm. 64.

4 D. Ferrier, ouvr. préc., n° 593 et s.

5 Cela a même conduit à créer à Paris un salon de la franchise qui permet aux enseignes de présenter leur réseau de distribution et de recruter ainsi les futurs franchisés venus chercher un métier et peut être la fortune...

recommandables. Face de telle pratiques, il faut avant tout protéger le futur franchisé qui s'il n'est pas un consommateur, n'a pas toujours les capacités nécessaires pour bien appréhender les enjeux de son entrée dans le réseau. Dès lors, la première manifestation de la protection du franchisé qui vient d'être examinée se trouve complétée par l'obligation précontractuelle d'information instaurée par l'article L. 330-3 du code de commerce.

II — L'obligation précontractuelle d'information du franchisé

L'essor des réseaux de distribution, la complexité des techniques contractuelles mises en uvre et les abus auxquels elles aboutissent parfois ont conduit le législateur a instauré des dispositions protectrices du franchisé. S'est alors posé la question des techniques à utiliser pour protéger au mieux les contractants au moment de la conclusion du contrat. Très naturellement, même si le contexte semble différent, le législateur français s'est tourné vers le droit de la consommation au sein duquel se sont développées, les mécanismes de protection en raison de la disparité de situation entre les parties au contrat de consommation. Or deux techniques s'imposent essentiellement pour protéger le consommateur, l'obligation d'information et le délai de réflexion, qui apparaissent comme les garants d'un consentement éclairé. Il est intéressant de noter que ces deux figures de protection classiques pour les contrats de consommation ont été transposées dans le droit de la distribution. Mais, il faut bien convenir qu'en matière de protection contractuelle, le droit de la consommation est en France une sorte de loi modèle.

L'article L. 330-3 du Code de commerce dont l'origine se trouve dans une loi du 31 décembre 1989 permet d'appliquer entre des cocontractants professionnels une obligation d'information, similaire à celle qui est imposée en droit de la consommation dans différentes dispositions mais dont le principe se trouve à l'article L. 111-1 du code de la consommation. La lecture de l'article L. 330-3 du code de

commerce révèle immédiatement la généralité de son domaine, ce texte régissant les contrats dans lesquels une personne met à la disposition d'une autre, un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant de ce cocontractant une obligation d'exclusivité ou de quasi exclusivité, le texte ajoutant ensuite que le contrat doit être un contrat d'intérêt commun. Or, il apparaît que ces caractéristiques se retrouvent dans les contrats de distribution en général et dans la franchise en particulier.

En effet, même si la transmission d'un savoir faire constitue l'élément caractéristique du contrat de franchise, cette technique comportera généralement une clause d'exclusivité, le franchisé s'engageant à ne distribuer que les produits du franchiseur. La notion de contrat d'intérêt commun qui rappelle bien sûr celle de mandat d'intérêt commun fait référence, comme pour le mandat, au développement par les deux parties d'une chose commune. Il s'agit en matière de franchise d'une clientèle qui sera attirée, le plus souvent par la marque du franchiseur mais qui sera ensuite développée par le franchisé avec lequel la clientèle est en contact direct⁶. Dès lors, entrant dans le champ d'application de l'article L. 330-3 du code de commerce, la conclusion du contrat de franchise doit être précédée, sous peine de sanctions, de la présentation par le franchiseur au candidat franchisé d'informations dont la liste est fournie dans l'article L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce.

Comme toute les obligations d'information précontractuelle, celle issue de l'article L. 330-3 du code de commerce doit permettre au cocontractant de s'engager en connaissance de cause, ce qui est indispensable au regard des conséquences économiques et professionnelles essentielles du contrat de franchise que l'on qualifie en droit français de contrat de situation. Cette désignation traduit le fait que pour le franchisé, la conclusion du contrat de franchise lui permet d'acquérir une activité professionnelle et qu'il va donc se

6 P.H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, Litec 2008, n° 508.

trouver dépendant économiquement du franchiseur, même si juridiquement il est qualifié de commerçant et qu'il exerce son activité en son nom et pour son compte en prenant les risques liés à l'activité commerciale⁷.

Pour que l'information précontractuelle instituée dans l'article L. 330-3 du code de commerce atteigne son but, le législateur a prévu dans l'article R. 330-1 du code de commerce une liste relativement longue et complète des renseignements que le franchiseur doit transmettre au franchisé. Si l'on synthétise la portée de ce texte, il ressort que l'information porte sur cinq éléments principaux.

Il s'agit de l'identification du franchiseur, de l'ancienneté et de l'expérience de son entreprise, de la présentation de l'état du marché et de ses perspectives, de la présentation du réseau de franchise et des exploitants et enfin des principales caractéristiques du contrat à conclure. La jurisprudence s'emploie, au fil de ses décisions, à rendre pertinente l'information fournie par le franchiseur qui ne doit pas négliger sa rédaction. En revanche, il a été précisé que le franchiseur n'avait pas à fournir au franchisé des prévisions d'activité, notamment des comptes prévisionnels, mais que s'il le faisait spontanément, en dehors de toute obligation légale, l'information fournie devait être objective et raisonnable, sous peine pour le franchiseur de s'exposer à une action en responsabilité si les informations données au franchisé ne sont pas sérieuses. Il faut bien reconnaître que cette position

7 Ainsi après de nombreuses discussions doctrinales et hésitations jurisprudentielles, la Cour de cassation a reconnu au franchisé une clientèle qui lui permet d'obtenir le renouvellement du bail commercial: Cass. civ. 3^e 27 mars 2002, pourvoi 00-20732: «Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, 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 oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le 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 prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls.

jurisprudentielle n'encouragera pas le franchiseur à aller au-delà des prescriptions légales en matière d'information précontractuelle.

Ainsi, le franchisé va pouvoir apprécier la situation du réseau dans lequel il envisage de s'engager. Le franchiseur devra lui adresser également le projet de contrat.

Le législateur a pris conscience que le franchisé n'est pas toujours très bien armé pour apprécier l'information dense qui lui est adressée et qu'il doit donc bénéficier d'un délai pour en saisir réellement la portée, notamment les incidences économiques. Ainsi l'article L. 330-3 du code de commerce prévoit que le document écrit mentionnant toutes les informations précédemment énumérées doit être communiqué **au moins vingt jours** avant la signature du contrat.

L'article L. 330-3 du code de commerce apporte, en outre, des précisions lorsque la signature du contrat de franchise est précédée du versement d'une somme d'argent par le franchisé afin de réserver une zone géographique. Cette pratique de réservation de zone étant très courante, il convient de protéger le franchisé qui va, pour obtenir la zone qu'il convoite, conclure parfois ce contrat de réservation dans la précipitation, à défaut de prescription légale. Ainsi, le délai de réflexion légalement instauré doit être respecté avant le versement des sommes prévues pour la réservation de zone. En effet, lorsque le franchisé aura versé ces fonds, il lui sera plus difficile de remettre en cause ses engagements, il semble judicieux de lui accorder le délai de réflexion avant qu'il exécute le paiement.

Ce délai de réflexion forcée pour le franchisé est le bienvenu, car les franchiseurs avaient tendance, en faisant jouer la concurrence entre les candidats franchisés, à leur faire signer rapidement un contrat qui se révélait ensuite bien défavorable. Comme précédemment avec l'obligation de renseignement, le législateur introduit dans le droit des affaires des techniques traditionnelles de protection qui ont leur origine dans le droit de la consommation.

Pour que la protection née de cette obligation précontractuelle d'information soit efficace, encore faut-il que sa violation soit assortie

d'une sanction appropriée. Or, de ce point de vue, le législateur n'a prévu qu'une sanction pénale⁸ qui ne permet pas de sauvegarder les intérêts du cocontractant victime d'un franchiseur peu scrupuleux.

C'est donc la Cour de cassation qui est venue au secours des franchisés malheureux qui s'aperçoivent après avoir signé le contrat, soit que l'information ne leur a pas été donnée soit qu'elle ne correspond pas à la réalité qu'ils découvrent une fois entrés dans le réseau de franchise⁹. A défaut de texte spécial, la Cour de cassation a donc fait appel au droit commun des contrats, en l'occurrence, à la théorie des vices du consentement¹⁰. Il appartiendra donc au franchisé de prouver que le défaut ou l'inexactitude de l'information a provoqué une erreur ou un dol¹¹ pour pouvoir obtenir la nullité du contrat¹². Il devra établir que cette erreur ou ce dol a été déterminant de son consentement, qu'il n'aurait pas contracté ou qu'il l'aurait fait dans des conditions différentes s'il avait bénéficié des renseignements prévus par la loi. L'opportunité de cette sanction qui aura pour conséquence l'anéantissement rétroactif du contrat est discutée en doctrine. Certains considèrent qu'il serait plus judicieux de se tourner vers la notion de bonne foi afin de sanctionner par des dommages et intérêts les manquements du franchiseur aux obligations qui pèsent sur lui¹³. Si la notion de bonne foi, facteur de moralisation des comportements contractuels, prend une place centrale dans le droit des contrats sous l'influence de la jurisprudence, elle ne doit pas supplanter la théorie des vices du consentement qui se révèle une

8 Une amende de 1500 euros au plus, portée à 3000 en cas de récidive.

9 Cass. com. 10 fév. 1998, *Rev. Contrats, conc.*, cons. 1998, n°55, note Leveneur.

10 Art. 1109 et s. C. civ.

11 Il y aura dol quand seront caractérisées des manuvres frauduleuses du franchiseur ou bien que celui-ci a commis une réticence dolosive en ne révélant pas des informations en sa possession qui étaient déterminantes pour son cocontractant (art. 1116 C.civ).

12 La nullité ne peut pas résulter du seul défaut de l'information: Cass. com. 20 mars 2007, pourvoi 06-11290, *Rev. Contr.*, conc, Cons juill. 2007, comm. 167.

13 Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, *Fasc. Jclass. 1045, Franchisage*, nov. 2007, n° 145.

protection plus radicale dans les situations contractuelles les plus dangereuses. Or, l'application de la bonne foi aurait pour effet de maintenir le franchisé dans les liens d'un contrat qui se révèle défavorable pour lui et dont les conséquences sur sa situation personnelle peuvent être considérables et particulièrement désavantageuses. Il semble donc que le choix de la nullité sur le fondement des vices du consentement soit de nature à protéger efficacement le franchisé sans porter une atteinte trop importante à la sécurité juridique des transactions. Il s'agit d'une nullité relative, de protection qui ne peut être mise en œuvre que par le cocontractant qui en est victime.

Une fois la nullité du contrat de franchise admise, une discussion avait surgi pour savoir si cette nullité devait découler automatiquement de l'absence de respect des dispositions légales par le franchiseur. Cela aurait donc abouti à considérer que le vice du consentement était présumé, le franchisé n'ayant aucune preuve à rapporter concernant l'erreur ou le dol dont il prétendait être victime. Une telle solution, opérant un renversement de la charge de la preuve, aurait été bien sûr encore plus protectrice du franchisé. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas souhaité s'engager dans cette voie. Elle applique les règles du droit commun des contrats, le franchisé qui est victime du vice de consentement doit donc l'établir. S'il souhaite, en plus de la nullité du contrat, obtenir des dommages et intérêts, il devra également prouver son préjudice et le lien de causalité.

Bien que les contrats de franchise appartiennent à la catégorie des contrats d'affaires, le franchisé sera souvent dans une position de faiblesse lors de la conclusion du contrat. Le législateur et la jurisprudence lui fournissent donc des armes pour que l'entrée dans le réseau de distribution ne se révèle pas être rapidement la fin prématurée d'une belle aventure économique...