

L'OBLIGATION D'ASSISTANCE DU FRANCHISEUR

Les contours de l'obligation d'assistance pesant sur le franchiseur apparaissent souvent incertains ; pourtant, s'agissant d'une obligation fondamentale du franchiseur, il est essentiel de se pencher sur sa délimitation.

1 D'origine légale ou jurisprudentielle, de source quasi-délictuelle ou contractuelle, obligation principale ou accessoire, l'obligation de conseil ou d'assistance s'est étendue au-delà de ses domaines classiques (devoir d'assistance de l'avocat et du notaire, assistance des incapables, assistance entre époux) et connu au cours des dernières décennies une expansion remarquable pour atteindre de nombreux prestataires de service (architecte, agent immobilier, administrateur judiciaire, agent d'affaires, banquier, commissaire-priseur, pour ne citer qu'eux) (1).

2 En matière de franchise, l'obligation d'assistance prend une teinte particulière. Il est en effet admis sans contestation aujourd'hui que l'obligation d'assistance constitue, 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 (2). L'« assistance technique » est ainsi mentionnée dans la seule — et laconique — définition donnée par le droit français au franchisage aux prémices du développement de ce système en France, alors même que cette définition fait abstraction du savoir-faire (3).

De l'analyse de la jurisprudence en la matière ressort parfois une impression de flou, de contradiction entre les juges du fond qui exigent du franchiseur des prestations d'importance et de nature variant d'une juridiction à l'autre.

Et 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 (4), dont s'inspirent doctrine et jurisprudence internes, ainsi que le code de déontologie européen de la franchise.

En pratique, le contrat prévoit généralement les modalités et les domaines de l'assistance délivrée 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.

3 Quel est alors le noyau dur de l'assistance ? Quel est le tronc commun de l'obligation d'assistance qui devrait être obligatoire-

ment contenu dans tout contrat de franchise, voire qui se déduirait d'une stipulation succincte telle que « le franchiseur délivre son assistance au franchisé » ou de l'absence de stipulation spécifique (5) ?

Si certains pourraient être tentés de soutenir que n'importe quel type d'assistance suffit à qualifier un contrat de franchise, du moment qu'elle s'accompagne de la transmission d'un savoir-faire et de droits sur les signes distinctifs, une telle réponse ne peut satisfaire car elle correspond à un raisonnement qui n'est pas poussé à son terme. Comment en effet affirmer tout à la fois qu'en matière de franchise, une assistance est indispensable, mais que son contenu ne peut être clairement défini ? Nier l'existence même d'un tronc commun à l'obligation d'assistance, c'est nier son caractère indispensable à la franchise en son principe, c'est admettre que l'assistance peut — dans certains cas du moins — être réduite à zéro ; ou bien encore c'est nier que la franchise forme un tout, correspond à une logique dans laquelle l'assistance s'inscrit.

Or la franchise est nécessairement empreinte en son principe même de logique : née de la pratique, elle répond à un besoin du commerce.

4 Dans un tel contexte, il est nécessaire de remonter à la nature de l'obligation d'assistance pesant sur le franchiseur (I) afin de pouvoir en cerner les manifestations concrètes (II).

I. La nature de l'obligation d'assistance

5 L'identification de l'obligation d'assistance (A) permettra d'en écarter les notions qui y sont parfois abusivement incluses par les plaideurs et parfois par les juridictions (B).

A. L'identification de l'obligation d'assistance du franchiseur

1. La notion d'obligation d'assistance

6 Afin d'identifier l'obligation d'assistance, il est nécessaire de comprendre le rôle qu'elle est appelée à jouer dans le cadre général de la franchise, et donc de remonter à l'objet de la franchise et à la nature du contrat de franchise.

7 La doctrine s'accorde à dire que la franchise a pour objet la réitération de la réussite du franchiseur par la mise à disposition

(1) Sur l'extension du champ d'application du devoir de conseil, v. J. Bernard de Saint Affrique, *Le devoir de conseil*, Defrénois 1995, n°s 15-16, p. 913.

(2) La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré que l'obligation d'assistance s'imposait au franchiseur bien que le contrat ne l'ait pas spécifiquement indiqué [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].

(3) 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.

(4) Règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

(5) V. pour une telle hypothèse, v. CA Paris, 5 juillet 2006, préc.

d'un concept (6), c'est-à-dire d'un système de gestion préalablement expérimenté. On le voit, l'assistance ne figure pas dans cette définition.

Aussi, lorsqu'on l'envisage par l'angle de l'objet de la franchise, l'obligation d'assistance apparaît-elle comme devant seconder ce qui constitue les deux éléments 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 franchiseur, et les signes distinctifs, qui permettent au franchisé de signaler à la clientèle qu'elle trouvera dans son établissement des prestations de même qualité que celles qui l'ont conquis chez le franchiseur.

Or, 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 lui-même dérivé de l'adjectif « franc », qui signifie « de condition libre » (7).

8 Le contrat de franchise est considéré comme un contrat de collaboration d'intérêt commun, dont il constitue l'archétype (8).

L'intérêt commun du franchiseur et du franchisé réside dans le développement de la clientèle du franchisé — et par là, de celle du réseau — et, lorsque — comme dans la majorité des hypothèses — la redevance du franchiseur est assise sur le chiffre d'affaires du franchisé, dans l'importance de ce chiffre d'affaires (9).

Ainsi, ici encore, on retrouve l'idée de réitération de la réussite : franchiseur et franchisé collaborent afin de protéger leur intérêt commun, qui réside dans la réussite du franchisé ; celle-ci passe par la reproduction du concept créé par le franchiseur, c'est-à-dire par l'application du savoir-faire du franchiseur et l'utilisation de ses signes distinctifs.

9 On précisera pour finir que 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 (10).

10 L'analyse de l'objet de la franchise — la réitération de la réussite — et celle de la nature du contrat de franchise — contrat de collaboration d'intérêt commun — convergent vers la synthèse suivante : le franchiseur assiste le franchisé dans la mise en œuvre du concept afin que celui-ci réitère de sa réussite, dans l'intérêt commun des deux parties.

2. Le domaine de l'obligation d'assistance

11 S'inscrivant dans le cadre de la réitération de la réussite par la mise en œuvre du concept, l'obligation d'assistance trouve dans ce dernier à la fois son contenu et ses limites : l'obligation d'assistance consiste pour le franchiseur à aider le franchisé à mettre en œuvre le concept, tout le concept et uniquement le concept, sous réserve, bien entendu, que le contrat ne mette expressément à la charge du franchiseur d'autres obligations.

12 Concrètement, le contenu de l'obligation d'assistance dépend donc de la consistance du concept.

La notion de « concept » regroupe les signes distinctifs et le savoir-faire du réseau.

13 Dans le cadre de la définition du concept, les signes distinctifs doivent nécessairement être entendus comme englobant non seulement la marque, l'enseigne et le nom commercial, mais également la charte graphique ; car, parmi les signes distinctifs, c'est dans la mise en œuvre de la charte graphique que le franchisé aura le plus souvent besoin que le franchiseur l'aide à identifier et à corriger ses erreurs, voire le rappelle à l'ordre.

La reproduction de la marque et du nom commercial ne pose que rarement des difficultés, sauf décision délibérée du franchisé qui marque alors généralement sa volonté de sortir du réseau.

14 L'assistance se manifeste bien sûr, outre dans le cadre de l'application de la charte graphique, dans celui de la mise en œuvre du savoir-faire.

Le contenu du savoir-faire impacte alors directement sur le contenu de l'assistance.

Le savoir-faire est par définition « secret » (11) ou encore « original » (12), ce qui implique qu'il se distingue des règles de l'art correspondant à l'activité objet de la franchise considérée, et qu'il apporte, par rapport à ces règles de l'art, un enseignement supplémentaire (13).

Il n'est pas exigé que le savoir-faire soit original dans chacune de ses composantes (14) : cette méthode peut comprendre des éléments appartenant à la base du métier, voire être entièrement composée

(6) Ph. le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2^e éd., 2007, n° 4.

(7) *Le Petit Robert*, dictionnaire de la langue française, 2003.

(8) Th. Hassler, *L'intérêt commun*, RTD com., 1984, p. 605.

(9) Ibid.

(10) V. par exemple en ce sens CA Paris, 28 juin 2002, *Juris-Data* n° 2002-188814.

(11) Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, § 3 du *Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, JOCE législation n° L. 336 du 29 décembre 1999, p. 21-25, art. 1^{er}, fj. V. également le projet de règlement concernant l'application de l'article 81, § 3 du *Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, appelé à remplacer prochainement ledit règlement, art. 1^{er}, e).

(12) V. par exemple CA Paris, 14 avril 1995, *Juris-Data* n° 1995-021571.

(13) V. sur cette question F.-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Joly, 2009, n° 210, p. 146.

(14) Le règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85-3 du *Traité à des catégories d'accords de franchise* (JOCE législation n° L. 359, p. 46-52 du 28 décembre 1988), aujourd'hui remplacé par le règlement du 22 décembre 1999 précité, l'indiquait expressément.

d'éléments connus, l'originalité reposant alors dans la combinaison de ces éléments (15).

L'assistance due par le franchiseur étant délimitée par le savoir-faire, elle n'est due que s'agissant de la mise en œuvre dudit savoir-faire et non pour la mise en œuvre des éléments du métier qui n'y sont pas inclus.

15 Les contours de la notion d'obligation d'assistance ayant été définis, il est désormais possible d'identifier les notions qui en sont exclues ce qui, au regard de la jurisprudence en la matière, est aujourd'hui nécessaire.

B. Les notions exclues de l'obligation d'assistance

16 Les contours flous de l'obligation d'assistance en font un terrain favorable à l'insertion, au sein de cette catégorie, d'obligations diverses et variées.

Deux pratiques doivent être distinguées, et dorénavant exclues : l'inclusion au sein de l'obligation d'assistance d'obligations incombant certes toujours ou fréquemment au franchiseur ou pouvant lui incomber, mais non au titre de l'obligation d'assistance, et la mise à la charge du franchiseur, toujours au nom de l'obligation d'assistance, de certaines obligations qui excèdent en réalité, parfois de loin, ses devoirs.

1. Les obligations du franchiseur autres que l'obligation d'assistance

17 Doivent d'abord être soigneusement distinguées de l'assistance les obligations qui, bien qu'incombant au franchiseur, se distinguent de cette obligation.

Cette distinction est nécessaire car elle est susceptible d'avoir une incidence sur la responsabilité du franchiseur, voire sur la continuation du contrat.

En effet, l'obligation d'assistance étant une obligation intrinsèque au contrat de franchise, ne doivent pas y être incluses des obligations qui ne sont pas de l'essence du contrat de franchise, sauf à mettre à la charge du franchiseur des obligations non prévues au contrat, ou, en cas d'obligation effectivement mises à la charge du franchiseur mais secondaires dans l'esprit des parties, à risquer de condamner le franchiseur pour manquement à une obligation essentielle pour ce qui n'est en réalité qu'une violation mineure.

Par ailleurs, certaines obligations, qui peuvent également revêtir un caractère essentiel, que ce soit dans l'esprit des parties, ou par la nature même du contrat de franchise, doivent être distinguées de l'obligation d'assistance car le phénomène déclencheur de l'obligation, le moment où l'obligation naît, n'est pas le même que celui de l'obligation d'assistance.

18 Parmi les obligations ne relevant pas de l'essence du contrat de franchise, il faut prendre garde de ne pas inclure dans l'obligation d'assistance les obligations suivantes :

— l'obligation souscrite par le franchiseur dans un contrat préparatoire de remettre à son franchisé des comptes prévisionnels (16) : cette obligation a pour source un contrat distinct du contrat de franchise, et est donc nécessairement exclue de l'obligation d'assistance issue du contrat de franchise ;

— la défense du territoire du franchisé territoriale contre l'ancien franchisé (17) : cette obligation découle de l'obligation d'exclusivité territoriale, lorsque celle-ci est prévue par le contrat ;

— l'obligation d'approvisionner régulièrement le franchisé (18) : le franchiseur est souvent fournisseur ; néanmoins, à moins d'une stipulation expresse en ce sens, le franchiseur n'a pas par principe l'obligation d'approvisionner le franchisé ; dans le cas où une telle obligation est prévue, elle se distingue de l'obligation d'assistance ;

— l'obligation d'animation du réseau (19) : s'il est souvent opportun pour le franchiseur, notamment lorsqu'il est à la tête d'un réseau important, de prévoir une animation du réseau, une telle obligation ne lui incombe pas dans le silence du contrat, et ne saurait découler de l'obligation d'assistance ; en effet, si une telle animation (notamment par le biais de congrès ou d'un journal du réseau) peut être un vecteur de l'assistance dans la mesure où le franchiseur peut apporter ses conseils aux franchisés par ce biais, elle n'est pas par principe nécessaire à l'aide apportée au franchisé dans la mise en œuvre du concept.

19 Parmi les obligations relevant de l'essence du contrat de franchise doivent être distinguées de l'obligation d'assistance :

— l'obligation de transmettre le savoir-faire : obligation essentielle et intrinsèque au contrat de franchise, l'obligation de transmettre le savoir-faire se distingue néanmoins de l'obligation d'assistance par son objet ; aussi l'exécution de ces deux obligations doivent-elle être appréciées distinctement (20) ;

— l'obligation d'actualiser le savoir-faire : l'obligation d'actualiser le savoir-faire découle de l'obligation de transmettre un savoir-faire

[15] Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE législation n° L. 336 du 29 décembre 1999, p. 21-25, art. 1^{er}, f).

[16] V. pour une décision ayant inclus une telle obligation dans l'obligation d'assistance, CA Caen, 13 décembre 2007, Juris-Data n° 2007-368488.

[17] V. pourtant CA Paris, 1^{er} février 2006, Juris-Data n° 2006-309721.

[18] V. en sens contraire CA Paris, 1^{er} février 2006, Juris-Data n° 2006-309721.

[19] V. pour un franchisé prétendant mettre à la charge du franchiseur l'obligation de fournir une newsletter, CA Dijon, 10 mars 2009, Juris-Data n° 2009-368488.

[20] V. pour la confusion opérée par une juridiction entre assistance et savoir-faire : CA Paris, 24 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-374079 (v. F.-L. Simon, Droit de la franchise : un an d'actualité juridique, LPA 2009, numéro spécial, Préface, par G. Gras, Avant-propos, par Ch. de Baecque, à paraître).

original au franchisé ; l'actualisation du savoir-faire ne constitue pas une assistance, puisqu'il s'agit de modifier le concept et non d'aider le franchisé à le mettre en œuvre ; l'obligation d'actualiser le savoir-faire ne découlant pas de l'obligation d'assistance, elle ne se manifeste pas tout au long du contrat, comme l'obligation d'assistance, mais uniquement lorsque le savoir-faire est devenu généralement connu et a donc perdu son caractère original, voire est dépassé par la concurrence ; aussi la durée du contrat de franchise est-elle susceptible de s'écouler entièrement sans que l'obligation d'actualiser le savoir-faire ne naisse, si le savoir-faire reste original pendant l'intégralité de cette durée ;

— l'obligation de publicité : l'obligation de publicité découle de l'obligation du franchiseur de maintenir et de développer la notoriété du réseau, et n'a pas pour objet d'aider le franchisé à mettre en œuvre le concept ; elle se distingue donc de l'obligation d'assistance.

20 Les obligations énumérées ci-dessus se distinguent toutes de l'obligation d'assistance par leur objet et souvent par leur régime ; cependant, elles sont fréquemment — et pour certaines toujours — mises à la charge du franchiseur.

Plus grave est la mise à la charge du franchiseur, au nom de l'obligation d'assistance, d'un certain nombre d'obligations disparates qui n'entrent en rien dans les attributions de la tête de réseau.

2. Les prestations n'incombant pas au franchiseur

21 Le phénomène consistant pour les franchisés, rarement suivis par les juridictions, à mettre à la charge du franchiseur, au nom de l'obligation d'assistance, des obligations qui ne lui incombent pas donne lieu à des excès de deux types : d'une part, la mise à la charge du franchiseur de prestations d'assistance relatives à des éléments appartenant à l'activité de tout commerçant ou aux règles de l'art du métier (desquelles, rappelons-le, le savoir-faire, et par conséquent l'assistance, se distinguent par définition) et, d'autre part, la mise à la charge du franchiseur de prestations qui vont bien au-delà de la simple assistance, et parfois jusqu'à l'ingérence dans la gestion du franchisé.

22 Ainsi qu'il l'a été dit précédemment, n'incombe pas au franchiseur l'obligation d'assister le franchisé, sauf stipulation contraire, dans la mise en œuvre des règles de l'art du métier dans lequel s'inscrit le

savoir-faire, à moins que celles-ci ne soient parties intégrantes dudit savoir-faire. L'obligation d'assistance voit en effet ses frontières définies par la consistance du concept.

De même, il n'appartient pas au franchiseur de se substituer au franchisé, qui est un commerçant indépendant, dans les activités relevant de l'activité commerciale en elle-même. Ainsi, ne saurait incomber au franchiseur l'obligation d'aider le franchisé à analyser ses comptes de gestions (21), d'étudier ses problèmes fiscaux, financiers et juridiques (22), ou de créer les documents commerciaux du franchisé.

De même, bien que le franchiseur apporte en pratique souvent son aide au franchisé à ce titre, il ne saurait incomber au franchiseur, sauf stipulation contraire, de rechercher et de sélectionner le local du franchisé à la place de ce dernier. Si le franchiseur peut aider le franchisé dans cette recherche, il ne doit pas s'y substituer dans le cadre du choix final : une telle prestation est à la fois inutile — car n'incombant pas au franchiseur — et dangereuse, dans l'hypothèse où le local choisi se révélerait être de mauvaise qualité.

Dans la suite de ce qui précède, ne saurait incomber au franchiseur, au titre de l'obligation d'assistance, l'obligation de rechercher un local de remplacement lorsque le projet se révèle irréalisable dans le local initialement sélectionné par le franchisé (23).

23 Le franchiseur doit particulièrement prendre garde de ne pas se substituer au franchisé dans l'exercice de ses attributions de commerçant au point de s'ingérer dans la gestion de celui-ci. *A fortiori* de telles obligations ne sauraient découler à sa charge de l'obligation d'assistance.

Ainsi, le franchiseur n'a pas à intervenir dans la relation du franchisé avec son personnel : il ne lui appartient ni de recruter ce personnel (24), ni d'en assurer la paie (25), ni de prendre des décisions à son égard (26). Par ailleurs, il n'appartient pas au franchiseur de tenir la comptabilité de son franchisé (27), de valoriser les inventaires de contrôle de celui-ci (28), ou de prendre en charge le paiement de ses factures (29).

Dans l'hypothèse où le franchisé rencontre des difficultés financières, ne saurait être mises à la charge du franchiseur l'obligation d'indemniser le franchisé de son manque à gagner (30) ou des emprunts qu'il a souscrits (31), de lui proposer un plan d'action et des

[21] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[22] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[23] V. pour la prétention formulée en ce sens par un franchisé, CA Angers, 27 mai 2002, *Juris-Data* n° 2002-207620.

[24] V. pour une affaire où le franchisé formulait une telle demande, CA Poitiers, 13 septembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-287162.

[25] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[26] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[27] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[28] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[29] Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

[30] CA Paris, 31 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-170815.

[31] CA Paris, 31 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-170815.

solutions (32), et encore moins de redresser l'entreprise (33) ou de racheter le magasin du franchisé (34) ; de même, dans l'hypothèse où le savoir-faire, valide par ailleurs, se trouve inadapté à la situation particulière du franchisé, l'obligation d'assistance n'emporte pas pour le franchiseur l'obligation de mettre fin au contrat (35).

24 Enfin, le franchiseur ne devant pas prendre de décision à la place du franchisé dans le cadre de la gestion de son commerce, il ne peut forcer le franchisé à suivre ses conseils ni à recevoir son assistance si le franchisé s'y refuse ; aussi, dans une telle hypothèse, le franchiseur ne peut-il se voir reprocher un manquement à son obligation d'assistance (36).

25 Le franchisé est un commerçant indépendant ; cela ressort de l'étymologie même du mot « franchise ». Aussi est-il, par principe, libre de prendre ses propres décisions et capable de survenir à ses propres besoins.

À l'inverse, le franchisé doit bénéficier d'une assistance que lui apporte le franchiseur. À défaut, il n'est pas franchisé, l'obligation d'assistance du franchiseur étant l'un des trois éléments caractéristiques, qualificatifs — bien que, à raisonner strictement, ce terme soit ici abusif, le contrat de franchise étant un contrat innommé — de la franchise.

Ces deux principes sont à la fois contradictoires et fondamentaux en matière de franchise. Il faut donc les concilier, trouver entre eux le point d'équilibre.

Ce point d'équilibre est un autre pilier de la franchise, et peut-être le principal : la réitération du concept. Autrement dit, l'assistance ne prend le pas sur l'indépendance du franchisé que lorsque la réitération du concept est en cause ; dans le concept, le franchiseur est le maître et doit intervenir auprès du franchisé ; hors concept, le franchisé prend ses décisions, agit seul et ne dépend que de lui-même, comme tout autre commerçant.

26 La notion d'assistance ayant ainsi été cernée dans son principe, les confusions ayant été écartées, il faut exposer ce que sont concrètement les manifestations de l'assistance.

II. Les manifestations concrètes de l'obligation d'assistance

27 Si l'on observe certaines constantes, les manifestations de l'assistance varient pour la plupart d'un réseau à l'autre. L'objectif ici est de déterminer ce qui constitue, dans la pratique, le noyau dur de l'assistance qui doit être délivrée au franchisé. La nature de l'assis-

tance due par le franchiseur impacte bien sûr sur le contenu de cette assistance (A), mais également sur les modalités selon lesquelles elle est délivrée (B).

A. Le contenu de l'assistance

28 L'assistance du franchiseur s'inscrivant dans le but général de la franchise, consistant en la réitération du concept, elle revêt deux aspects : l'assistance proprement dite et le contrôle.

L'assistance proprement dite est composée de l'aide et des conseils apportés par le franchiseur au franchisé qui éprouve des difficultés à appliquer le savoir-faire ou la charte graphique au sein de son établissement. Cette assistance ne suffit pas nécessairement à assurer le respect du concept par le franchisé. En effet, certaines violations du concept peuvent échapper à l'attention du franchisé, surtout lorsque celui-ci débute. 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 anomalies de son exploitation par rapport au savoir-faire ou à la charte graphique.

Assistance proprement dite et contrôle se répartissent différemment selon la phase d'exécution du contrat de franchise : avant l'ouverture, au moment de l'ouverture et après l'ouverture de l'établissement du franchisé.

1. Le contenu de l'assistance avant l'ouverture

29 Avant l'ouverture, le franchiseur apporte souvent une assistance à son franchisé, notamment auprès de la banque auprès de laquelle le franchisé souscrit un prêt (par exemple en attestant que le franchisé bénéficiera de l'enseigne) ou dans la recherche d'un local.

Bien que ces pratiques soient courantes et souvent judicieuses en pratique, elles n'appartiennent pas au noyau dur de l'obligation d'assistance qui fait l'objet de la présente étude.

30 En revanche, la consistance du concept peut imposer — ce qui est d'ailleurs en pratique souvent le cas — qu'un contrôle soit effectué *a priori* sur le local choisi par le franchisé.

En effet, le local doit pouvoir se voir appliquer la charte graphique. Par ailleurs, certains réseaux imposent des critères précis pour l'emplacement du magasin (carrefour/rue, intensité du passage de voitures, centre ville/sortie de ville, rue piétonne/large voie, etc.). Enfin, le savoir-faire proprement dit peut imposer que le local réponde

(32) CA Paris, 28 juin 2002, *Juris-Data* n° 2002-188814.

(33) CA Paris, 31 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-170815.

(34) CA Paris, 31 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-170815.

(35) V. pourtant CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/01777, inédit, comm. in F.-L. Simon, *Un an d'actualité juridique en droit de la franchise*, LPA 2008, numéro spécial, n° 103, Avant-propos, par J.-Cl. Magendie, p. 45.

(36) V. en ce sens CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859, comm. in F.-L. Simon, *Droit de la franchise : un an d'actualité juridique*, LPA 2009, numéro spécial, Préface, par G. Gras, Avant-propos, par Ch. de Baecque, à paraître, spéc. n° 112 ; TC Paris, 31 janvier 2006, *Juris-Data* n° 2006-304909 (v. F.-L. Simon, *Le contrat de franchise : un an d'actualité*, LPA 2006, numéro spécial, Avant-propos, par G. Canivet, spéc. n° 55, p. 22) ; CA Paris, 25 janvier 1990, *Juris-Data* n° 1990-020165.

à certaines exigences (surface de vente et de réserve, normes de sécurités, par exemple).

Dans le cas où le local et son emplacement doivent revêtir des qualités précises pour que le concept y soit applicable, le franchiseur doit contrôler le local sélectionné par le franchisé au regard de ces critères, faute de quoi le concept risque de ne pas être correctement réitéré.

2. Le contenu de l'assistance à compter de l'ouverture du point de vente

31 L'ouverture est sans doute le moment où l'assistance proprement dite se manifeste avec le plus d'intensité.

C'est en effet le moment où le franchisé doit mettre en œuvre pour la première fois le savoir-faire qui lui a été transmis dans le respect de la charte graphique générale du réseau qu'il a dû appliquer concrètement dans son local.

C'est donc le moment où le franchisé, qui n'a pas assimilé le concept par la pratique, est le plus susceptible de faire des erreurs dans la répétition de ce concept.

Aussi le rôle du franchiseur consiste-t-il à accompagner le franchisé dans la mise en œuvre, en pratique, du savoir-faire dont il a appris la théorie, et à signaler au franchisé les éléments relatifs à la présentation du magasin qui doivent être corrigés (37).

32 Après l'ouverture, le franchisé assimile au fur et à mesure le savoir-faire et a d'ores et déjà appliqué la charte graphique à son local. Les anomalies au regard du concept sont, sauf cas particulier, plus ponctuelles.

Corrélativement le contenu de l'assistance est, dans le cours normal de l'activité, plus restreint qu'à l'ouverture, et se limite aux difficultés rencontrées par le franchisé dans la mise en œuvre du concept, qui ont été signalées au franchiseur, ou qui ressortent du contrôle effectué par ce dernier.

33 C'est à ce stade que se manifeste davantage le flou qui se dégage en jurisprudence quant à l'étendue des obligations du franchiseur. Certains franchisés s'attendent en effet à une assistance quotidienne du franchiseur, pour l'ensemble de leur activité. Or ainsi qu'il l'a été exposé précédemment, l'assistance du franchiseur est, sauf stipulation contraire, limitée par le concept.

Aussi le franchisé doit-il se garder de se reposer sur le franchiseur s'agissant de tous les domaines de son activité, et doit au contraire se renseigner sur toutes les questions de son activité qui ne touchent pas au concept, et prendre ses décisions et ses propres responsabilités, faute de quoi il subira les conséquences de son inaction sans pouvoir se retourner contre le franchiseur. Ainsi, par exem-

ple et sauf stipulation contraire, le franchisé doit faire lui-même les démarches afin d'obtenir l'autorisation administrative éventuellement nécessaire pour l'exercice de son activité (38), analyser lui-même ses comptes, et déterminer lui-même le quantum des marchandises qu'il doit commander.

34 Le contenu de l'assistance due au franchisé varie au cas par cas selon la consistance du concept, dans le cadre des lignes générales dessinées ci-dessus. La nature de l'obligation d'assistance a par ailleurs un impact sur certaines de ses modalités de délivrance.

B. Les modalités de délivrance de l'assistance

1. Médias

35 La nature de l'obligation d'assistance n'a que peu d'impact sur le média par lequel celle-ci est délivrée. Ce moyen dépend surtout de la nature de l'assistance elle-même. Ainsi, les conseils donnés à l'ensemble des franchisés pourront l'être efficacement par une lettre circulaire, un journal du réseau, ou des réunions. L'assistance et les conseils délivrés à un franchisé particulier supposent en revanche des courriers particuliers ou la présence d'un animateur dans le local du franchisé, selon la nature de la difficulté rencontrée par ce dernier.

Autrement dit, le moyen employé pour transmettre l'assistance au franchisé doit appartenir à ceux qui permettent d'assurer efficacement l'application du concept par le franchisé.

2. Fréquence et spontanéité

36 Plus fondamentale est l'incidence qu'a la réelle nature de l'obligation d'assistance du franchiseur sur sa fréquence de l'assistance.

L'assistance due par le franchiseur est couramment qualifiée de « continue ». Cette expression est trompeuse.

Certes, l'obligation d'assistance est, contrairement aux obligations de mettre à la disposition du franchisé un savoir-faire et des signes distinctifs, une obligation à exécution successive (39).

Cependant, sauf à admettre que le franchisé éprouve de façon continue des difficultés dans l'application du concept, l'assistance qui lui est due ne saurait être continue : au quotidien, le franchisé est indépendant et non assisté.

Le franchiseur n'ayant l'obligation d'assister le franchisé que lorsque celui-ci connaît des difficultés dans l'application du concept, ce n'est pas l'assistance qui est continue, mais uniquement l'obligation du franchiseur de se tenir prêt à répondre à l'appel du franchisé subissant lesdites difficultés.

L'assistance due par le franchiseur n'étant pas à proprement parler continue, les décisions estimant que la brièveté de l'exécution du

[37] V. en ce sens TC Paris, 5 novembre 2002, *Juris-Data* n° 2002-199793.

[38] V. par exemple CA Paris, 29 septembre 1999, *Juris-Data* n° 1999-024859.

[39] V. par exemple CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416 (v. F.-L. Simon, *Droit de la franchise*, LPA 2007, numéro spécial, Avant-propos, par V. Lamanda, spéc. n° 87, p. 27).

contrat fait obstacle à l'appréciation de la bonne exécution de son obligation d'assistance par le franchiseur (40) ne peuvent qu'être approuvées.

En outre, les erreurs et difficultés du franchisé ayant logiquement tendance à décroître au fur et à mesure que le franchisé se familiarise avec l'application du concept, il est cohérent que l'assistance soit due par le franchiseur de façon de plus en plus espacée dans le temps (41), à l'exception toutefois des hypothèses où le concept est modifié qui peuvent nécessiter une aide supplémentaire du franchiseur.

37 L'identification de l'obligation d'assistance propre à la franchise est par ailleurs susceptible d'apporter un éclairage important sur la question de la spontanéité de l'assistance, qui fait difficulté, comme le montre la position incertaine de la jurisprudence (42).

La problématique peut être ainsi résumée : d'une part, l'obligation d'assistance étant une obligation essentielle du franchiseur et une caractéristique de la franchise, il n'est pas envisageable que la durée du contrat de franchise puisse s'écouler entièrement sans que le franchiseur ait assisté une seule fois son franchisé, au motif que ce dernier n'aurait pas sollicité cette assistance ; d'autre part cependant, comment reprocher au franchiseur qui était dans l'ignorance totale des difficultés rencontrées par son franchisé de ne pas être intervenu pour l'aider à faire cesser ses difficultés (43) ?

Ici encore, un juste équilibre doit être trouvé.

38 Répétons, dans ce but, que l'assistance a pour fonction d'aider le franchisé qui éprouve des difficultés dans la mise en œuvre du concept.

Aussi, le franchiseur n'a l'obligation d'assister le franchisé que lorsqu'il a connaissance des difficultés éprouvées par celui-ci. Cela ne signifie cependant pas que l'assistance n'est due que lorsque le franchisé en fait la demande : dans certaines circonstances, le franchiseur est en position de savoir que le franchisé a nécessairement besoin de son aide, sans que celui-ci ne le lui signale.

39 Il convient donc de considérer que l'assistance n'est due au franchisé que si celui-ci en fait la demande (44), sauf dans les circonstances suivantes :

— à l'ouverture, parce qu'il est logique que le franchisé éprouve des difficultés à appliquer concrètement pour la première fois le concept dont il n'a jusque-là qu'une connaissance théorique ;

— lorsque les difficultés rencontrées par le franchisé sont dues au franchiseur, notamment dans l'hypothèse d'une modification du savoir-faire qui s'est révélée néfaste pour l'ensemble du réseau (45) ;

— lorsque le contrôle a révélé que le franchisé avait mal appréhendé le concept (46) ;

— lorsque l'actualisation du savoir-faire constitue une modification dont l'appréhension par les franchisés n'est pas aisée.

40 En raison de sa nature même, le contrôle est quant à lui nécessairement spontané. Il est en effet difficilement envisageable que le franchisé en fasse la demande, sauf dans une situation conflictuelle où il souhaiterait faire constater au franchiseur qu'il respecte le concept. Ce caractère spontané n'entre pas en contradiction avec la nature de l'assistance : le contrôle est en effet nécessaire au franchiseur pour s'assurer que le concept a bien été appliqué par le franchisé.

*
* *

41 Si la consistance concrète de l'assistance qui doit être délivrée par le franchiseur au franchisé varie d'un réseau à l'autre parce qu'elle est fonction du contenu du concept et de sa complexité, la référence constante à la nature de cette assistance et au rôle qu'elle remplit dans le cadre de la franchise permet de dégager les principes qui encadrent cette obligation, et devrait ainsi avoir pour effet d'éviter les hésitations parfois observées en jurisprudence.

Flore SERGENT

*Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Simon Associés*

[40] V. par exemple CA Orléans, 21 mai 1991, *Juris-Data* n° 1991-047135.

[41] en ce sens CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-Data* n° 2003-216322.

[42] V. pour une décision considérant que l'offre d'assistance doit être spontanée CA Paris, 21 mars 1990, *Juris-Data* n° 1990-020689 ; pour des décisions en sens contraire, v. CA Paris, 31 janvier 1991, *Juris-Data* n° 1991-021958 ; CA Paris, 14 mai 1985, *Juris-Data* n° 1985-022966.

[43] V. pour cette question F.-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Joly, 2009, n° 240.

[44] V. en ce sens CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301 ; CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262 (v. pour ces deux arrêts F.-L. Simon, *Droit de la franchise : un an d'actualité juridique*, LPA 2009, préc., à paraître, spéc. n° 110).

[45] V. par exemple TC Paris, 4 mai 2001, *Juris-Data* n° 2001-172393.

[46] V. par exemple CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416 (v. F.-L. Simon, *Droit de la franchise*, LPA 2007, numéro spécial, Avant-propos, par V. Lamanda, spéc. n° 87, p. 27).