

# La Lettre de la Franchise

n 3/2008

## Actualité juridique

### Transmission du contrat de franchise par voie de fusion-absorption ou apport partiel d'actif (Cass. com., 3 juin 2008, Juris-Data n 044215 et 044216 (deux arrêts))

1. Par deux décisions, rendues le même jour comme pour mieux attirer l'attention, la chambre commerciale de la Cour de cassation se prononce sur le sort du contrat de franchise lorsque la société du franchiseur disparaît par suite d'une fusion-absorption ou d'un apport partiel d'actif.

2. Dans la première espèce (n 06-18.007), le franchiseur ayant conclu le contrat de franchise avait ultérieurement fait l'objet d'une fusion-absorption au profit d'une autre société ; une cour d'appel (CA, Lyon, 3<sup>ème</sup> ch., 8 juin 2006, inédit) avait retenu que, du fait de la fusion-absorption, la société bénéficiaire de la fusion était la continuatrice des engagements souscrits par la société absorbée, de sorte que, selon la cour d'appel, le contrat de franchise et ses avenants avaient été transmis avec le patrimoine de la société absorbée. La Cour de cassation retient fermement qu'« *en statuant ainsi, alors que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce qu'avec l'accord du franchisé, la cour d'appel a violé l'article 1844-4 du Code civil* ». Dont acte.

3. Dans la seconde espèce (n 06-13.761), la Cour de cassation retient encore par principe 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* » et casse en conséquence l'arrêt d'une cour d'appel (CA, Rennes, 2<sup>ème</sup> ch., 24 janv. 2006, inédit) au visa de l'article 1134 du code civil, ensemble les articles L.236-3 et L.236-22 du code de commerce.

4. Même si elles ont les faveurs d'une publication au recueil des arrêts de la cour de cassation, ces deux décisions retiennent une solution qui ne peut surprendre.

5. A ce titre, trois séries de remarques s'imposent. Rappelons en premier lieu, pour ne pas compliquer inutilement les choses, que les fusions comme les apports partiels d'actif placés sous le régime des scissions entraînent toujours la transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît (société absorbée, fusionnée ou scindée) au profit d'une ou plusieurs autres sociétés qui le recueillent en tout ou partie (C. com., art. L.236-3, I ; v. aussi, pour une approche générale, Mémento Pratique Fr. Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2007, n 26330 s.) ; autrement dit, dans les deux cas, la société absorbante (ou bénéficiaire de l'apport partiel d'actif) se substitue à la société absorbée (ou apporteuse) : la partie signataire du contrat de franchise se voit donc substituée par une société tierce, étrangère au contrat. Dès lors, en deuxième lieu, l'accord du franchisé est obligatoirement requis si le contrat de franchise n'autorise pas par avance la substitution de franchiseur (l'accord du franchiseur serait tout aussi nécessaire dans l'hypothèse inverse).

Il faut ajouter que, comme pour toute manifestation de volonté, l'accord du franchisé cédé peut être exprès ou tacite, et pourra notamment résulter de la poursuite du contrat de franchise par le franchisé postérieurement à la cession (Cass. com., 28 avril 2004, pourvoi n° 00-22.354 ; Cass. com., 6 juillet 1999, RJDA 1999, n° 1197). Après tout, cette solution n'est pas propre à la franchise : ce n'est là que l'application du droit commun des contrats.

Le droit positif ne permet pas la cession de contrat sans l'accord du cédé. Le principe a été affirmé par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 6 mai 1997 (Bull. civ. IV, n° 117) plusieurs fois confirmé depuis lors (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173 ; Cass. com., 28 avril 2004, précité).

La solution est conforme aux principes de la force obligatoire des contrats (C. civ., art. 1134 al. 1<sup>er</sup>) et de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165) : le premier fait obstacle à ce que le cédant puisse, sans l'accord du cédé, permettre à un tiers d'exécuter à sa place, tandis que le second interdit au cédé, parce qu'il est un tiers au contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire, d'être tenu par ce contrat.

La jurisprudence a encore eu récemment l'occasion de rappeler ces principes en droit de la distribution (Cass. com., 7 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 140 ; Cass. com., 13 déc. 2005, Bull. civ. IV, n° 255).

Enfin, en dernier lieu, il ne faut pas perdre de vue que le contrat de franchise peut parfaitement autoriser le changement de franchiseur par avance ; en pareil cas, en effet, le franchisé accepte *ab initio*, dans son contrat de franchise, le changement de cocontractant (v. not. en ce sens, CA Angers, 26 septembre 2006, inédit, RG n° 05/02269 : considérant que « l'opération de cession par le franchiseur de son enseigne entraine dans les prévisions (...) du contrat de franchise aux termes duquel les modifications qui pourraient intervenir dans la personne du franchiseur, telles que par exemple, fusion, scission, absorption, apport partiels d'actifs, cession ou tout accord juridique ou commercial avec un tiers, ne sauraient remettre en cause l'existence ou l'exécution du présent contrat »).

On le voit, la question du sort du contrat de franchise en cas de fusion-absorption ou apport partiel d'actif trouve donc sa réponse dans le contrat de franchise lui-même.

### **Requalification du contrat de franchise et congés payés**

**(Cass. soc., 18 juin 2008, pourvois n° 06-46.478 à 06-46.494 (cassation avec renvoi))**

1. Dans cette affaire, une Cour d'appel avait fait droit, sur le fondement du 2<sup>e</sup> de l'article L. 781-1 du code du travail, à la demande de requalification en contrat de travail de différents contrats de franchise. Pour rejeter néanmoins leur demande de congés payés, elle avait indiqué :

*« l'indemnité compensatrice de congés payés est un substitut du salaire qui, pour une période déterminée, ne peut se cumuler avec le salaire versé pendant cette période, sauf à pouvoir prétendre à des dommages-intérêts si le salarié établit que les congés payés n'ont pu être pris par la faute de son employeur ; (...) dans la mesure où le contrat de "franchise" permettait au "franchisé" d'organiser son remplacement, l'obligation contractuelle de livrer en toutes circonstances est insuffisante à démontrer un empêchement sur ce point susceptible d'être imputé à l'employeur ».*

2. Par ses arrêts du 18 juin 2008, la Cour de cassation casse et annule lesdits arrêts en ces termes :

*« Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur n'avait pas mis en place un système de congés payés conforme aux dispositions légales, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ».*

3. Il convient d'ajouter que la solution de principe ainsi adoptée par la Cour de cassation est parfaitement transposable aux situations donnant lieu à l'application de l'article L.7321-2 du Code du travail qui – depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mai 2008, de la nouvelle partie législative du code du travail – a remplacé l'ancien article L. 781-1 précité.

## Réparation de la violation de la clause de non-concurrence

(Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n 07-11.313 (rejet))

1. Par cet arrêt du 3 juin 2008, la Cour de cassation réaffirme sa volonté de laisser aux juridictions du fond toute latitude pour déterminer, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, le montant du préjudice subi par un franchiseur à raison de la violation d'une clause de non-concurrence par l'un de ses franchisés. En l'espèce, un franchisé avait assigné son franchiseur en annulation du contrat de franchise pour vice du consentement, après l'avoir dénoncé en raison des manquements de son franchiseur à ses obligations ; reconventionnellement, ce dernier avait sollicité l'octroi à son profit de dommages-intérêts pour violation des obligations de non-concurrence stipulées au contrat. L'arrêt attaqué (Paris, 23 novembre 2006, Juris-Data n 339929) avait limité l'indemnisation du préjudice résultant de la violation des obligations contractuelles de non-concurrence, à 1 € symbolique, après avoir souligné que le franchiseur n'avait apporté aucun élément à l'appui de sa demande d'indemnisation. Le franchiseur formait donc un pourvoi en cassation au motif que « *l'inexécution d'une obligation de ne pas faire se résout en dommages-intérêts* » et « *que le juge qui constate l'existence d'un préjudice est tenu de l'évaluer* ». Il avançait qu'en refusant d'évaluer le montant du dommage et en lui allouant la somme symbolique d'1 €, ladite cour d'appel avait violé les articles 4, 1142, 1147 et 1149 du code civil.

2. Par une formule lapidaire, l'arrêt rendu le 3 juin 2008 par la Cour de cassation retient sèchement que le moyen n'est pas fondé dès lors que « *la cour d'appel a justifié l'indemnisation du préjudice par l'appréciation souveraine qu'elle en a faite* ».

3. Que faut-il donc exactement déduire de cette décision ? Quatre observations s'imposent : **a/** l'indemnisation consécutive à la violation de la clause de non-concurrence implique tout d'abord que cette clause et le contrat de franchise qui la contient soient valables (CA Paris, 8 avril 2004, Juris-Data n 254237 : rejetant la demande d'indemnité en raison de la nullité du contrat de franchise), ce qui explique sans doute, en l'espèce, que les franchisés aient recherché l'annulation du contrat ; **b/** il appartient ensuite au créancier de la clause de non-concurrence d'établir la réalité et l'ampleur du préjudice qu'il a subi (c'est ce qui était reproché ici par la Cour d'appel au franchiseur) ; **c/** dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, le juge du fond peut déterminer ce préjudice en fonction notamment du comportement des parties (v. en ce sens, CA Versailles, 11 mai 2006, Juris-Data n 313422) ; **d/** l'évaluation de ce préjudice peut justifier la désignation d'un expert judiciaire (v. not., Cass. com., 9 octobre 2007, Juris-Data n 040801 : suggérant le recours à des mesures d'instruction).

## Non-réaffiliation et proportionnalité

(Cass. Com., 20 mai 2008, pourvoi n 06-19.234 (rejet))

1. Après avoir vu sa demande d'indemnisation fondée sur la violation par un franchisé d'une clause de non-réaffiliation post-contractuelle stipulée au contrat de franchise rejetée en raison de l'absence de renommée suffisante et avérée de l'enseigne (CA, Douai 15 juin 2006, inédit), le franchiseur forma un pourvoi, au soutien duquel il avançait « *qu'une clause de non-réaffiliation, limitée dans le temps et dans l'espace, est valable, lorsqu'elle n'interdit pas au franchisé la poursuite d'une activité commerciale similaire* » et qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui avait ainsi « *estimé que la clause de non-réaffiliation (...) était illicite, alors qu'elle n'interdisait nullement (au franchisé) de se rétablir dans la même activité, mais sous une enseigne locale ou sous la sienne propre, a(vait) violé les articles 1134 du code civil et L. 420- 2 du code de commerce* ».

2. La Cour de cassation fait abstraction de ces motifs, jugés surabondants, dès lors, selon elle, que les juges du fond ont pu valablement, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, écarter l'application de la clause de non-réaffiliation mise à la charge du franchisé, au motif que « *la preuve de la renommée nationale ou régionale de l'enseigne (du franchiseur) au moment de la ré-affiliation n'éta(it) pas rapportée* ».

Autrement dit, selon la Haute juridiction, la triple limitation de la clause dans le temps, l'espace et l'objet même de l'interdiction peut ne pas suffire dès lors que, comme en l'espèce, le franchiseur ne rapporte pas la preuve de la notoriété de son enseigne, peu important à cet égard, selon l'arrêt, que le franchiseur dispose d'un savoir-faire propre .

## Expertise *in futurum* et action par voie de requête

(Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, pourvoi n 07-14.857, 07-14.858 et 07-14.860 (trois arrêts - rejets))

1. Franchiseurs et franchisés saisissent parfois le juge sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile pour obtenir, préalablement à tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ; ils sollicitent alors le prononcé d'une mesure dite d'« instruction », ayant pour objet de conserver ou d'établir la preuve de faits qui leur font défaut avant d'engager une action judiciaire. Trois conditions sont invariablement requises : le demandeur doit agir avant tout procès, il doit justifier d'un « intérêt légitime » et sa demande doit être utile. Jusque-là, rien ne bouge ... ces conditions s'imposent en toutes circonstances.

Le demandeur à ce type de mesure d'instruction a le choix entre deux moyens pour agir. Il peut tout d'abord déclencher une procédure contradictoire par voie d'assignation, au risque de se heurter à la pertinence des arguments que son adversaire lui opposera ; il peut aussi agir de manière non contradictoire, par voie de requête, à l'insu de son adversaire (qui une fois la mesure ordonnée peut néanmoins solliciter, *a posteriori*, la rétractation de l'ordonnance ayant fait droit à la demande d'instruction).

2. Si l'action par voie de requête semble plus séduisante, puisqu'elle épargne au demandeur la perspective d'un débat contradictoire (du moins jusqu'au prononcé de l'ordonnance), elle comporte une double exigence supplémentaire : le demandeur doit justifier de l'urgence et des circonstances exigeant que les mesures prescrites ne soient pas prises contradictoirement.

Souvent admise (v. pour l'un des arrêts frappés de pourvoi, CA Caen 29 mars 2007, inédit, RG n 05/399), la solution méritait d'être rappelée avec force par la Cour de cassation. C'est l'attrait des trois décisions commentées, promises à une publication au recueil des arrêts de la cour de cassation et qui, en termes strictement identiques, retiennent par principe : « *c'est par une exacte application des articles 145 et 875 du code de procédure civile que la cour d'appel a retenu que la demande de mesures d'instruction ne pouvait être accueillie sur requête qu'à la double condition qu'il soit justifié de l'urgence des mesures sollicitées et de l'existence de circonstances autorisant une dérogation au principe de la contradiction* ».

## Contentieux du contrat de franchise et autorité de la chose jugée

(Cass. com., 28 mai 2008, pourvoi n 07-13.266 (cassation avec renvoi))

1. Saisi par suite de la résiliation d'un contrat de franchise, un tribunal arbitral avait statué sur la responsabilité de la rupture d'un contrat de franchise et la dépose d'une enseigne intervenue en violation de la clause de non-réaffiliation insérée dans ce contrat ; en revanche, le tribunal arbitral n'avait pas été invité à trancher le litige sur les dommages-intérêts consécutifs à cette violation. Une seconde sentence arbitrale ayant été annulée, la cour de Versailles, sur renvoi après cassation (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, Bull. n 350), statuant aux lieux et places du tribunal arbitral, devait donc connaître du fond de l'affaire. Ladite cour avait alors déclaré recevable la demande de dommages et intérêts pour violation de la clause de non-réaffiliation prévue au contrat de franchise formulée par le franchiseur dans la deuxième instance, au motif que, dans la première instance, il n'avait formulé qu'une demande tendant à la dépose de l'enseigne.

2. L'arrêt commenté casse cette décision, considérant que la demande de dommages-intérêts aurait dû, pour être recevable, être formée dès la saisine du premier tribunal arbitral ; elle souligne à ce titre en effet « *qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile* ». L'arrêt étend ainsi à l'arbitrage la solution issue de l'arrêt rendu le 7 juillet 2006 par l'Assemblée Plénière, selon lequel « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* » (Juris-Data n 2006-034519 ; Bull. AP., n 8 ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. R. Perrot ; v. aussi, sur la question, G. Bolard, *L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme* : JCP G 2008, I, à paraître).

## **Requalification d'une licence de marque et de savoir-faire en contrat de franchise (CA Nîmes, 17 avril 2008, Juris-Data n 363533)**

1. On le sait, l'article L.714-1 du code de la propriété intellectuelle énonce que « *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* ». Si la licence de marque n'est pas définie en elle-même par le code, 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* » (J.Schmidt-Szwaleski, *Marques de fabrique, de commerce ou de service*, Rep. com. Dalloz, 2006, n 417). La licence de marque est donc un louage de chose soumise au régime des articles 1713 et suivants du code civil. A cet égard, la licence de marque se rapproche du contrat de franchise en deux points : le licencié et le franchisé peuvent utiliser la marque du donneur de licence ou du franchiseur ; par ailleurs, ils versent une redevance à leur cocontractant.

En revanche, la licence de marque ne comprend ni transmission du savoir-faire, ni assistance. Ces deux éléments sont essentiels pour distinguer ces catégories de contrat et justifient, selon le cas, que le contrat de franchise soit requalifié en contrat de licence de marque ou inversement (v. not., CA Paris, 4 mars 1991 (3 arrêts), Juris-Data n 021270, 020964 et 020830).

2. L'arrêt rendu le 17 avril 2008 en constitue une illustration supplémentaire. Un contrat intitulé « *contrat de licence de marque et de savoir-faire* » est requalifié en contrat de franchise, dès lors que ce contrat prévoyait en effet la concession d'une licence totale et exclusive d'exploitation d'une marque et d'un savoir-faire développé par le concédant, le droit d'utiliser l'enseigne de la marque, le bénéfice de l'assistance technique, commerciale et administrative nécessaire au bon développement des points de vente, notamment la politique d'achat du matériel et la fourniture de maquettes publicitaires, ainsi que celle d'un système d'accès informatisé relevant du seul concédant. De plus, le contrat interdisait au licencié d'exploiter directement ou indirectement la marque et le savoir-faire sur le même territoire pendant la durée de la convention. Le licencié devait en outre payer une redevance annuelle. Dès lors, la requalification doit être ordonnée d'autant que le concédant soutient qu'il dispose d'un savoir-faire propre et original en la matière. Toutefois, en l'espèce, cette requalification n'a pas permis d'accueillir l'action en nullité intentée pour manquement à l'obligation précontractuelle d'information, la convention n'ayant jamais été conclue par les parties à l'issue des pourparlers.

## **Résiliation du contrat de franchise, apposition d'une enseigne concurrente et action en référé (Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n 06-16.732 ; Juris-Data n 043568)**

1. Lorsque le franchisé viole son obligation de non-réaffiliation en apposant une enseigne concurrente, le franchiseur peut saisir le juge des référés, pour lui demander d'interdire immédiatement l'utilisation par le franchisé de cette enseigne jusqu'à ce que le juge du fond, parallèlement saisi, se prononce sur le bien fondé de la résiliation du contrat de franchise considéré.

Le juge des référés doit prévenir le dommage imminent que constitue cette situation, de nature à causer préjudice au franchiseur ; mais il ne peut cependant se livrer à une analyse trop compliquée des droits et obligations des parties en présence et doit donc limiter son analyse à l'existence d'un trouble manifestement illicite, au risque d'empiéter sur les pouvoirs réservés du juge du fond.

Cette problématique peut inciter certains plaideurs à compliquer le débat afin que le juge des référés se déclare incompétent. Il s'agit alors d'invoquer la nullité de la clause de "non-affiliation" ou les difficultés liées à son interprétation, en particulier lorsque, comme en l'espèce, le contrat fait partie d'un ensemble contractuel.

2. L'argument tiré de la nullité de la clause de non-affiliation a vécu car un arrêt remarqué pose le principe de présomption de validité des contrats, selon lequel le contrat doit être exécuté jusqu'à ce qu'il ait été considéré nul par le juge du fond (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n 172). Cette solution est également retenue par la plupart des juridictions du fond (CA Rouen, 13 mars 2007, Juris-Data n 332205).

3. Devant le peu de succès rencontré par cet argument, on assiste à l'émergence d'un second : le franchisé fait valoir que l'obligation de non-réaffiliation prête à une interprétation, exclusive du caractère « manifestement » illicite du trouble allégué. Il en va notamment ainsi lorsque le contrat de franchise n'est qu'une des composantes d'un ensemble contractuel plus vaste. Et, par cette complexification de l'analyse juridique, le défendeur espère ainsi que l'interprétation à donner à un tel ensemble contractuel n'apparaisse pas avec l'évidence requise devant le juge des référés ... C'est le contexte dans lequel s'inscrit l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 8 avril 2008.

4. La position adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation reprend celle déjà retenue par deux

arrêts récents (v. notre Lettre n 1/2008, à propos de : Cass. com., 23 octobre 2007, pourvois n 06-16.733 et n 06-16.734) et adopte une formulation quasi-similaire : « *Attendu que pour dire non établie l'existence d'un trouble manifestement illicite occasionné à la société (franchiseur), au titre de la rupture avant terme du contrat de franchise qui le liait à la société (franchisée), et de l'apposition immédiate d'une enseigne concurrente, l'arrêt retient que le contrat de franchise en cause s'est inscrit dans un ensemble contractuel plus complexe, qui forme un tout indissociable ; Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé la suppression brutale de l'enseigne (du franchiseur) et la commercialisation de produits concurrents, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé (l'article 873 du CPC) ».*

---

## Actualité du Cabinet

---

### Simon Associés ouvre un Bureau à Lyon

Ce bureau proposera aux PME/PMI de la région RHÔNE-ALPES une prestation globale et adaptée, en matière de Corporate, cessions acquisitions, restructuring, fiscale mais également contentieuse. Parce que cette création se veut pérenne, elle s'inscrit dans le cadre d'une étroite collaboration avec l'équipe de Jean-Marie CHANON, ancien bâtonnier de l'ordre. Pour plus d'information cliquez [ici](#).

### Simon Associés renforce son Département Corporate

Cliquez [ici](#) pour plus détails

### Publications récentes

- Franchise-Magazine (Juin-juillet 2008) : « [Contrats renouveler ou proroger ?](#) »
- Franchise-Magazine (Avril-Mai 2008) : « [Commerce indépendant organisé: quelle formule choisir ?](#) »
- Point de vente (Mai 2008) : « [Cession-acquisition, les pièges à éviter](#) »
- Point de vente (Avril 2008) : « [Comment construire un contrat de franchise ?](#) »

Pour recevoir l'actualité du Cabinet, les numéros précédents de notre Lettre de la Franchise :  
[www.simonassocies.com](http://www.simonassocies.com)