



HAL
open science

Evolution de la politique du réseau et intangibilité contractuelle

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. Evolution de la politique du réseau et intangibilité contractuelle. Journal des sociétés : mensuel du juriste et de l'entreprise, 2012. hal-02334828

HAL Id: hal-02334828

<https://hal.science/hal-02334828>

Submitted on 27 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Evolution de la politique du réseau et intangibilité contractuelle

Nicolas Ferrier

Agrégé des Facultés

Professeur à l'Université Montpellier I

Directeur du master II Droit de la distribution et des contrats d'affaires

Les promoteurs de réseau de distribution sont souvent amenés, par nécessité ou simple opportunité, à faire évoluer ce réseau, à travers l'un de ces éléments caractéristiques tel l'enseigne¹, les produits², les méthodes de commercialisation³...

Qu'elle soit nécessaire ou seulement opportune, la possibilité de faire évoluer le réseau découle de prime abord de la liberté du commerce et de l'industrie, impliquant la liberté pour le promoteur d'organiser et, partant, réorganiser, son réseau⁴. Les juges reconnaissent d'ailleurs « le droit qu'a tout fournisseur de modifier l'organisation de son réseau de distribution »⁵, « sans que ses cocontractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation »⁶, étant précisé que « la nature de tout réseau implique la nécessaire évolution de celui-ci »⁷.

Mais le réseau se ramène en dernière analyse à la somme ou au produit des contrats qui le composent⁸. En conséquence, si les juges admettent que, sauf disposition contraire, le promoteur n'a pas d'obligation de maintenir en l'état ou de développer son réseau⁹, la modification de celui-ci est de nature à affecter les contrats qui le composent, dès lors qu'elle porte sur un ou plusieurs éléments, notamment l'enseigne, les produits ou le savoir-faire, qui constitue précisément l'objet du contrat. Se pose alors le problème du respect de la force obligatoire des contrats.

La question est, en effet, de savoir dans quelle mesure le promoteur peut, sans porter atteinte à l'intangibilité des conventions découlant de l'article 1134 al. 1^{er} C. civ.¹⁰, modifier les termes des contrats conclus avec les membres du réseau, au motif d'une réorganisation de celui-ci.

Cette question se pose en pratique lorsque le distributeur conteste les modifications décidées par le promoteur : peut-il obtenir le maintien du contrat en l'état ? est-il tenu

¹ La situation se présente surtout dans le secteur alimentaire : Ed-Dia ; Champion-Carrefour Market ; Atac-Simply market ; Shopi-8 à Huit...V. par ex. CA Saint-Denis, 20 août 2009, CSF / Caille, n° 09/01135 : jurisdata n° 2009-010376.

² T. com. Paris, 5 mai 2001, Lafont / Eurovet, n° 98/029392 : jurisdata n° 2001-172393 ; CA Paris, 16 mars 2011, Camafra/BCBG Max Azria Group, n° 08/10928 : jurisdata n° 2011-015816.

³ CA Paris, 15 septembre 2000, Valerie / Carroll International : jurisdata 2000-133386

⁴ D. Ferrier, Droit de la distribution, 6^e éd. Lexisnexis, n° 520, qui vise la liberté d'entreprendre.

⁵ Cass. com., 2 décembre 2008 : pourvoi n° 07-18775 : CCC 2009, n° 42, obs. Mathey. Dans le même sens, Cons. conc., déc. 98-D-32, 26 mai 1998.

⁶ Cons. conc., déc. 01-D-42, 11 septembre 2001, p. 8.

⁷ CA Paris, 1^{er} févr. 2012, APL/Milton location, n° 09/15447 : jurisdata n° 2012-002832.

⁸ D. Ferrier, La considération juridique du réseau, in Mélanges offerts à Ch. MOULY, Litec, 1998, p. 95 et s., spéc. n° 6.

⁹ CA Paris, 1^{er} févr. 2012, APL/Milton location, préc.

¹⁰ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

d'appliquer les modifications apportées ? le désaccord caractérise-t-il un *mutuus dissensus* emportant résiliation ou caducité du contrat ?

Les termes de la question ainsi posés conduisent à préciser le domaine de l'étude.

D'abord, sont envisagées les seules évolutions à l'intérieur du réseau par modification de l'un de ses éléments caractéristiques (enseigne, savoir-faire, produits...). Est donc écartée l'hypothèse d'une cession de réseau ou d'enseigne¹¹ ou de la création d'un réseau parallèle s'accompagnant ou non de l'abandon du réseau existant¹², les évolutions envisagées pouvant toutefois être à la fois internes et externes¹³.

Ensuite, est visée la modification des contrats de distribution en cours. Est donc écartée l'hypothèse d'une résiliation du contrat à durée indéterminée ou du non-renouvellement du contrat à durée déterminée décidé par le promoteur en raison d'une réorganisation de son réseau. Cette hypothèse fait l'objet d'une jurisprudence nourrie, notamment en matière de distribution automobile, en raison du délai de préavis abrégé dans le cas d'une rupture motivée par la réorganisation du réseau¹⁴. Est également écartée la question des modifications des conditions de commercialisation lors du renouvellement du contrat¹⁵.

Enfin, se pose la question de la compatibilité de telles modifications avec le principe d'intangibilité des conventions. Est donc écartée l'hypothèse où la modification découle d'un avenant convenu d'un commun accord entre les parties ou résulte sans ambiguïté des stipulations du contrat qui autorisent le promoteur à en modifier unilatéralement le contenu¹⁶.

S'agissant, en revanche, de la modification unilatérale, le principe de l'intangibilité des conventions commande qu'elle ne puisse résulter que d'un pouvoir reconnu au promoteur par le contrat. Toute la difficulté consiste alors à rechercher dans le contrat de distribution les éléments révélant un tel pouvoir. Cette recherche doit conduire, plus précisément, à établir, d'une part, l'existence du pouvoir, en s'interrogeant sur la possibilité d'un pouvoir conféré de manière seulement tacite et, d'autre part, son étendue car si le contrat confère de manière expresse ou tacite un tel pouvoir au promoteur, toute modification n'est pas nécessairement permise.

S'agissant de préciser le contenu du contrat de distribution en l'absence de volonté expresse des contractants, c'est à son économie générale qu'il faut se rapporter, « sa finalité dans l'esprit et donc dans l'accord des parties »¹⁷ en prenant en considération le « pouvoir de

¹¹ Sur cette question, dont la réponse dépend principalement du caractère *intuitu personae* du contrat, V. not. M. Malarie-Vignal, *Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les réseaux de distribution*, JCP E 1998, I, p. 260 ; M. Oudin, *La transmission des contrats de distribution*, RTD com. 2011, p. 447.

¹² La création d'un réseau parallèle est admise en principe, sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte à l'exécution des contrats constitutifs du réseau initial (V. infra.).

¹³ CA Paris 2 novembre 2011, Bruz et Montaubert / Atac, n° 09/03597 ; CA Saint-Denis, 20 août 2009, CSF/Caille Grande distribution, n° 09/01135 à propos du promoteur du réseau « Champion » qui changea d'enseigne au niveau national au profit de l'enseigne « Carrefour market », en maintenant toutefois les points de ventes « Champion » mais en les approvisionnant en produits (MDD) sous la marque distributeur Carrefour market et non plus Champion.

¹⁴ Sur cette question, N. Eréséo et D. Ferré, *Rép. commun., V° Automobile*, n° 173 s.

¹⁵ CA Versailles, 18 novembre 2004, Marson/Espace 11, n° 03/05198.

¹⁶ CA Paris, 8 mars 1996, GPPA / Pluri Publi, n° 95/000184 : jurisdata n° 1996-020857

¹⁷ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrats et engagements unilatéraux*, 2^{ème} éd. Puf, p. 434. Cf. Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00.668, cassant l'arrêt qui, pour déclarer le contrat de franchise résilié aux torts du franchiseur relève que celui-ci entendait ne plus jouer à l'avenir son rôle de centrale d'achat privant ainsi le franchisé de la contrepartie ayant justifié son intégration au réseau, sans démontrer que le franchisé avait adhéré au réseau de franchise au seul motif que le franchiseur exerçait une activité de centrale d'achat ; Cass. com., 3 janvier 1996, n° 94-12314, qui reproche aux juges du fond d'avoir déclaré non fautive la modification du contrat par le franchiseur, en l'occurrence l'abandon de la politique de promotion de l'enseigne contre la renonciation à

gestion et d'organisation » attaché à la qualité de promoteur de réseau¹⁸. L'économie générale du contrat de distribution permet ainsi d'apprécier, tant dans son principe (I.) que dans ses limites (II.), le pouvoir du promoteur de modifier, au nom des exigences d'évolution du réseau, les termes du contrat.

I. Le principe

Dans la mesure où la faculté de modifier les contrats doit reposer sur l'intention des parties, appréciée au regard de l'économie générale du contrat, il n'est pas possible d'apporter une solution de principe commune à l'ensemble des contrats de distribution. En effet, des différences importantes entre les formes de distribution empêchent toute généralisation. A cet égard, une distinction fondamentale paraît s'imposer, selon qu'il s'agit, soit d'un contrat de distribution sélective ou de concession (A), soit d'un contrat de franchise (B).

A. Dans le contrat de concession ou de distribution sélective

Bien que la concession, qui désigne le système dans lequel « le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de la revente sur un territoire déterminé »¹⁹, se distingue de la distribution sélective, qui désigne « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis... »²⁰, toutes deux correspondent à ce que l'on a qualifié d'accord de spécialisation par lequel le promoteur sélectionne des distributeurs « afin qu'ils se spécialisent dans la commercialisation de ses produits et appliquent ses exigences en matière d'approvisionnement et de revente »²¹.

Ces deux formules contractuelles visent donc essentiellement la commercialisation des produits du promoteur, le cas échéant sous son enseigne et dans un territoire par lui réservé.

L'enseigne et les produits, voire le territoire, tels que désignés par les parties au jour de la conclusion du contrat, présentent dès lors un caractère déterminant du consentement²². A ce titre, ils ne peuvent être modifiés unilatéralement par le promoteur, une telle modification présentant nécessairement un caractère substantiel supposant l'accord du cocontractant.

Cette solution doit s'imposer que l'évolution soit nécessaire ou seulement opportune, étant relevé qu'il n'existe aucune obligation pour le promoteur de faire évoluer son système de distribution, et donc de modifier les contrats, pour les adapter à de nouvelles exigences économiques.

Il convient toutefois de réserver l'hypothèse d'un pouvoir de modification déduit de la volonté implicite des parties ou des usages. A cet égard, doit être pris en considération le contexte économique et concurrentiel dans lequel s'inscrit le contrat de distribution, en

percevoir les redevances correspondantes, sans établir que le franchisé ait donné son accord « pour que soit modifiée l'économie du contrat ».

¹⁸ L. et J. Vogel, *Traité de droit économique*, t. 2, Droit de la distribution, 2012, n° 156.

¹⁹ Reglt. 330-2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du T. FUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 1^{er}, 1, e).

²⁰ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C-130/1, point 161.

²¹ D. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 522.

²² T.com. Paris, 24 sept. 1999 cité par L et J Vogel, note 1196.

admettant que le promoteur soit implicitement habilité à faire évoluer ses produits, conformément à ce qu'imposent les exigences du commerce et qui ressort, notamment, des évolutions habituelles d'une gamme de produits ou de l'apparence d'une enseigne. Les évolutions qui pourraient ainsi être apportées de manière unilatérale sont toutefois limitées.

B. Dans le contrat de franchise

La franchise désigne « la convention par laquelle un franchiseur qui réussit dans une activité de distributeur notamment, permet à des franchisés de réitérer les éléments de cette réussite moyennant rémunération »²³.

A la différence des contrats de concession ou de distribution sélective, la franchise correspond ainsi à ce qui a été qualifié d'accord de réitération²⁴. L'économie générale du contrat est, à ce titre, très différente. Comme la Cour de justice l'a parfaitement souligné, « plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissance »²⁵. C'est pour bénéficier de la maîtrise de l'activité du franchiseur et éviter les difficultés, voire l'échec, d'une activité entreprise avec ses moyens propres que le franchisé s'adresse au franchiseur. L'élément déterminant est donc la réitération d'une réussite au moyen d'un concept mis au point par le franchiseur dans un secteur d'activité ou sur un marché donné et exploité sous une enseigne notoire.

L'enseigne notoire et le savoir-faire constituent ainsi les moyens nécessaires au service d'une finalité tenant à la réussite commerciale dans un secteur d'activité donné. C'est en raison de ce caractère indispensable qu'ils sont tous deux essentiels à la franchise et en conditionnent la validité, leur absence ou leur disparition emportant la nullité ou la caducité du contrat²⁶.

Au-delà, l'enseigne notoire et le savoir-faire concrétisent, dans un contrat donné, l'économie de la franchise en générale, en révélant, au cas particulier, le secteur d'activité concerné par la réussite du franchiseur en vue de la réitération de laquelle le contrat est conclu avec tel franchisé. A ce titre, également, ils présentent un caractère essentiel.

Pour autant, l'enseigne notoire et le savoir-faire ne sont que les moyens au service d'une finalité. En conséquence, il faut admettre qu'ils puissent faire l'objet de modification dès lors que celle-ci s'inscrit exactement dans la finalité en considération de laquelle le contrat a été conclu.

La solution s'impose d'autant plus qu'il faut considérer que le franchisé accepte implicitement mais nécessairement de s'en remettre au franchiseur pour définir la meilleure politique du réseau, c'est-à-dire les conditions d'une réitération optimale de la réussite²⁷.

S'explique ainsi l'obligation faite au franchiseur d'adapter les éléments de la réussite durant toute de l'exécution du contrat²⁸. Cette obligation d'assistance révèle que, si le savoir-

²³ D. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 681.

²⁴ D. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 522.

²⁵ CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia*, aff. 161-84 : *Rec.*, 353.

²⁶ Sanctionnant l'absence de signes distinctifs notoires : *Cass. com.*, 9 octobre 1990, n° 89-133.84 ; *Cass. com.*, 12 juillet 1993, n° 91-20540. Sanctionnant l'absence de savoir-faire : *Cass. com.*, 14 sept. 2010, n° 09-17.079 ; *Cass. civ.* 25 nov. 2009, n° 08-15.927.

²⁷ On pourrait dès lors considérer qu'en refusant les modifications, le franchisé se substitue au franchiseur ou du moins lui dénie le rôle qui lui a été contractuellement reconnu.

faire et l'enseigne notoire restent évidemment essentiels en tant qu'élément de qualification, cela n'implique pas leur caractère immuable, puisque leur évolution s'impose en cas de nécessité²⁹.

Mais il faut aller plus loin. Dans la mesure où la réitération de la réussite du franchiseur dans un secteur d'activité donné est le but contractuel, toute forme d'évolution doit être admise, quelle que soit son objet ou son importance, dès lors que la finalité du contrat est respectée, autrement dit, dès lors que se maintiennent l'identité du franchiseur³⁰, le secteur d'activité du franchisé³¹ et la réussite commerciale³². La solution devrait s'imposer, que la modification envisagée soit indispensable ou jugée seulement opportune par le franchiseur.

En définitive, l'enseigne notoire et le savoir-faire présentent certainement un caractère essentiel en ce qu'ils sont les moyens indispensables à la réitération d'une réussite dans un secteur d'activité donné. La finalité même du contrat de franchise conduit toutefois à ne pas confondre essentialité et immutabilité : l'enseigne et le savoir-faire peuvent évoluer en cours d'exécution du contrat s'ils permettent toujours la réalisation de l'objectif contractuel³³. Leur définition initiale n'en fige pas définitivement le contenu, mais permet seulement de concrétiser au cas particulier l'économie du contrat de franchise au regard de laquelle, mais de laquelle seulement, s'apprécient les limites du pouvoir du franchiseur de modifier le savoir-faire ou l'enseigne notoire.

II. Les limites

En raison de l'intangibilité du contrat, le promoteur ne peut imposer à ses distributeurs une modification substantielle du contrat³⁴, définie comme celle qui bouleverse son économie générale.

Au regard de ce qui précède, l'appréciation de limites du pouvoir de modifier unilatéralement les termes du contrat de distribution pose difficulté surtout dans le contrat de franchise.

²⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C-130/1, point. 189. « 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 intégrante de la méthode commerciale franchisée ».

S'explique pour les mêmes raisons, l'obligation du franchisé de laisser le franchiseur utiliser toute amélioration qu'il aurait apportée au savoir-faire (Lignes directrices préc., point 45-d).

²⁹ D. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 706.

³⁰ Cass. com. 3 juin 2008, Bull. civ. IV, n° 110 et 111 ; Cass. com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-16428 Affirmant que le contrat de franchise ne peut être cédé ou transmis par le franchiseur sans l'accord du franchisé.

³¹ V. *infra*.

³² V. *infra*.

³³ CA Paris 2 novembre 2011, Bruz et Montaubert / Atac, n° 09/03597, préc. Les juges considèrent qu'il ne peut être reproché au franchiseur d'avoir développé une politique commerciale discount annexe à celle concédée car, sauf à méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de gestionnaire propre à tout opérateur économique, il ne saurait être imposé à un franchiseur une obligation d'intangibilité de sa politique commerciale pendant toute la durée des contrats de franchise qu'il aurait signés. Ils ajoutent que le simple fait pour le franchiseur d'avoir développé ce concept et de réaffecter une partie de ses ressources en ce sens ne saurait à lui seul contredire les engagements contractuels qu'il avait pris à l'égard des commerçants franchisés du réseau de franchise dès lors qu'il n'est pas établi que cette réaffectation n'eut été permise que par une remise en cause de ses engagements en tant que franchiseur.

³⁴ CA Paris, 12 septembre 1997, Gover Sport / Marshall, n° 96-001832 : jurisdata n° 1997-023002

L'économie générale de la franchise ayant été définie comme la réitération d'une réussite commerciale dans un secteur d'activité donné, la modification unilatérale des éléments du contrat ne peut porter atteinte au secteur d'activité du franchisé (A) et, plus largement, à l'utilité du contrat pour celui-ci (B).

A. Le respect de l'activité du distributeur

Le contrat de franchise est conclu en vue de la réitération d'une réussite dans un secteur d'activité donné, de sorte que les modifications apportées par le franchiseur sur l'enseigne, le savoir-faire ou encore les produits commercialisés ne peuvent aboutir à un changement d'activité du franchisé.

Le changement peut être subjectif et tenir aux modalités d'exercice de l'activité. Ainsi, affecte l'économie générale du contrat de franchise la modification des modalités d'approvisionnement qui retire au franchisé sa maîtrise de la collection qu'il choisissait jusqu'alors parmi la gamme du franchiseur, en le soumettant à une exigence propre aux simples dépositaires auxquels le franchiseur souhaite désormais s'adresser en réorganisant son réseau³⁵.

Le changement peut être objectif et tenir au secteur d'activité. C'est alors au regard du domaine d'activité convenu entre les parties, tel qu'il résulte des stipulations contractuelles mais également de l'enseigne et du savoir-faire, que s'apprécie la validité des modifications unilatéralement apportées par le franchiseur.

Dans certains cas, cette appréciation ne pose pas de difficulté particulière. Il paraît évident, notamment, que la réorientation vers des produits de base et bon marché, pour une activité jusqu'alors consacrée aux produits de luxe emporte un bouleversement de l'économie du contrat. La réponse n'est toutefois pas toujours aussi aisée. Par exemple, dans le domaine de l'alimentation, le commerce du « hard discount » relève-t-il du même secteur d'activité, au sens où on l'entend ici, que celui du « soft discount » ? Dans le domaine de l'habillement, le commerce de vêtement pour jeune ou pour femme relève-t-il respectivement du même secteur d'activité que celui des vêtements pour hommes ou pour des personnes d'âge mûr ?

Au-delà des cas d'espèces, l'appréciation, qui est plus économique que juridique, doit reposer sur une démarche analogue à celle qui, en droit de la concurrence, permet de déterminer le marché pertinent affecté par une pratique anticoncurrentielle. En effet, l'économie du contrat de franchise consiste, rappelons-le, dans la réitération d'une réussite dans un secteur d'activité donné. Or cette réitération se traduit par un rattachement d'une clientèle au franchisé. Dès lors, la modification du contrat décidée unilatéralement par le franchiseur ne doit pas conduire, du fait d'un changement d'activité, à ce que la clientèle du franchisé se détourne de celui-ci ou qu'une nouvelle catégorie de clientèle à laquelle il n'est pas adapté se dirige vers celui-ci.

Autrement dit, il faut déterminer si le nouveau contenu du contrat de franchise – résultant des modifications apportées aux éléments de la réitération de la réussite, c'est-à-dire d'attraction de la clientèle (enseigne, savoir-faire, produits) – conduit la clientèle du franchisé à regarder l'activité développer selon ces nouvelles modalités comme interchangeable ou substituable à celle existant jusqu'alors. La démarche revient précisément à raisonner en terme de marché pertinent, défini en droit des pratiques anticoncurrentielles comme celui qui comprend « tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme

³⁵ CA Paris, 15 septembre 2000, Valerie / Caroll International : jurisdata 2000-133386.

interchangeables ou substituables, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »³⁶.

Se trouvent ainsi justifiées les décisions ayant prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur, dans des hypothèses où celui-ci avait opéré un changement brutal et unilatéral de stratégie, modifiant l'image de marque ainsi que son positionnement à l'égard de la clientèle traditionnelle constituée de femmes d'âge mûr vers une clientèle jeune, en modifiant également la qualité des produits³⁷, ou avait cessé de produire et d'approvisionner le franchisé en vêtements pour homme seuls visés par le contrat, en raison d'une réorientation de l'activité vers les vêtements féminins³⁸. Les solutions méritent, en effet, approbation dès lors que les modifications apportées orientent l'activité du franchisé vers une autre clientèle, distincte par son âge, son sexe ou son standing de celle en vue de laquelle le contrat avait été conclu.

En revanche, le fait pour le franchiseur d'un réseau de la grande distribution alimentaire de changer l'enseigne et, incidemment, les produits distribués sous sa marque par les franchisés (produits « MDD »), n'emporte pas nécessairement une modification du secteur d'activité du franchisé, dans la mesure où la même clientèle reste visée. De telles modifications devraient dès lors être admises, sous condition toutefois que soit préservée l'utilité du contrat pour le distributeur.

B. Le respect de l'utilité du contrat pour le distributeur

La force obligatoire du contrat impose aux parties, d'une part, d'exécuter leurs obligations contractuelles et, d'autre part, de ne rien faire qui compromette la bonne exécution du contrat et qui porterait atteinte à son utilité pour le cocontractant³⁹. Tels sont les deux aspects de l'assujettissement des parties au contrat⁴⁰.

D'une manière générale, la modification du contrat de distribution décidée unilatéralement par le promoteur du réseau, si tant est qu'elle soit admise dans son principe, ne doit donc pas aboutir à ruiner l'intérêt du distributeur pour le contrat⁴¹.

Cette règle est renforcée dans le cas de la franchise. L'économie du contrat tenant dans la réitération d'une réussite commerciale, le franchiseur ne doit pas, au travers des modifications qu'il envisage, remettre en cause la réussite à laquelle le franchisé aurait pu normalement s'attendre en l'absence de modification. Ici, l'assujettissement du franchiseur au contrat se manifeste à travers ses deux aspects : d'une part, exécuter une obligation précise, en l'occurrence l'obligation d'assistance, essentielle dans la franchise⁴² et impliquant pour le franchiseur de mettre en œuvre tous les moyens permettant la réitération de la réussite par le franchisé ; d'autre part, ne pas porter atteinte à l'utilité du contrat.

³⁶ V. not. Communication Comm. UE du 9 décembre 1997 (JOCE, n° C 372, 9 déc.).

³⁷ T. com. Paris, 5 mai 2001, Lafont / Eurovet, préc.

³⁸ CA Paris, 16 mars 2011, Camafra/BCBG Max Azria Group, préc.

³⁹ Sur cette question, L. Sautonie-Laguionie, La fraude paulienne, LGDJ, préf. G. Wicker, t. 500, 2008, spéc., n° 116 s.

⁴⁰ L. Sautonie-Laguionie, ouvr. préc. ; G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, ss. dir. P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, spéc. n° 21 s.

⁴¹ Rappr. CA Paris, 6 octobre 2010, Cyka / Etam, n° 08/06689 : jurisdata n° 2010-021893, qui reproche au franchiseur d'avoir abandonné la marque par son transfert, élément essentiel de la franchise, empêchant ainsi « toute poursuite utile » du contrat.

⁴² Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C-130/2, point 189. V. supra.

La faute du franchiseur dans la modification unilatérale du contrat peut alors trouver deux types de cause.

Elle peut d'abord tenir aux modifications elles-mêmes, qui ne constituent plus des moyens objectivement adaptés à la réitération de la réussite du distributeur. Tel serait, par exemple, le cas de modifications impliquant pour le franchisé de nouveaux investissements qu'il ne pourrait rentabiliser en raison de leur importance. Tel est surtout le cas d'une nouvelle enseigne dépourvue de toute notoriété ou d'un nouvel élément de savoir-faire qui n'aurait pas été expérimenté⁴³. Ces illustrations montrent, au demeurant, que le caractère fautif de la modification peut avoir une seconde cause.

Elle peut ensuite tenir au comportement du franchiseur à l'occasion des modifications. L'atteinte à l'utilité résultera, par exemple, du fait que, loin de chercher à améliorer le réseau auquel se rattache le distributeur dont le contrat est modifié, le promoteur délaisse volontairement ce réseau, notamment parce qu'il veut favoriser le développer d'un réseau concurrent qu'il a lui-même créé. Il faut toutefois souligner que le développement d'un autre réseau, qui relève de la liberté d'entreprendre⁴⁴, ne constitue pas en lui-même une cause l'utilité du contrat⁴⁵.

En pratique, l'atteinte à l'utilité du contrat résultera de son inaptitude à réaliser l'objectif convenu et, ce, en raison des modifications apportées par le promoteur. C'est à ce stade que pourra se poser la question de l'importance respective de l'enseigne et du savoir-faire dans la réussite du franchiseur⁴⁶, car plus leur place est déterminante, plus la probabilité est grande que leur modification soit susceptible d'affecter l'utilité du contrat. Mais en tout état de cause, la baisse de chiffre d'affaires liée à la modification litigieuse sera un indice particulièrement révélateur de l'atteinte à l'utilité du contrat. En définitive, la validité de la modification dépendra, là encore, de son effet sur l'activité du distributeur, c'est-à-dire sur sa clientèle.

⁴³ T. com. Paris, 5 mai 2001, Lafont / Eurovet, préc.

⁴⁴ V. supra.

⁴⁵ Rappr. CA Paris, 1^{er} février 2012, APL / Milton, préc.

⁴⁶ La question se pose parfois. V. par ex., à propos du savoir-faire, ADLC, avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. En l'espèce, pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence au regard de sa légitimité par rapport aux intérêts à protéger, l'ADLC relève « une part de ce savoir-faire est observable en magasin (...), une autre part de ce savoir-faire est constituée d'éléments non-observables mais communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant (...) une dernière part du savoir-faire est constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents, comme le savoir-faire relatif à la politique de promotion de l'enseigne » (point 156) et en déduit que « le savoir-faire nécessitant ou pouvant effectivement faire l'objet d'une protection par le biais de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble relativement limité » (point 157).