



HAL
open science

CONTRAT DE FRANCHISE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Alexandre Riera

► **To cite this version:**

Alexandre Riera. CONTRAT DE FRANCHISE ET DROIT DE LA CONCURRENCE. Droit. Université de Perpignan Via Domitia (UPVD), 2013. Français. NNT : . tel-02155753v1

HAL Id: tel-02155753

<https://hal.science/tel-02155753v1>

Submitted on 19 Jun 2019 (v1), last revised 19 Jun 2019 (v2)

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.

UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN *VIA DOMITIA*

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ

Présentée et soutenue publiquement à Perpignan
le 10 décembre 2013 par

Monsieur Alexandre RIÉRA

Membres du jury :

Yvan AUGUET, Professeur de l'Université de Perpignan *Via Domitia*
(*suffragant*)

Didier FERRIER, Professeur émérite de l'Université Montpellier I
(*suffragant*)

Marie MALAURIE-VIGNAL, Professeur de l'Université de Versailles
Saint-Quentin-en-Yvelines (*rapporteur*)

Yves PICOD, Professeur à l'Université de Perpignan *Via Domitia* (*directeur
de recherche*)

Louis VOGEL, Professeur de l'Université Paris II (*président du jury,
rapporteur*)

*Le combat spirituel est aussi brutal que la bataille d'hommes ;
mais la vision de la justice est le plaisir de Dieu seul.*

Arthur Rimbaud, « *Adieu* »,
Une saison en enfer

*À mes parents,
À mon directeur de recherche,
À ma famille et à mes amis,
À mes collègues et confrères,*

*Qui, chacun à leur manière, ont contribué à ce travail.
Il est, désormais, un peu le leur.*

SOMMAIRE

PRÉFACE.....	XIII
AVANT-PROPOS.....	XVII
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	1
INTRODUCTION	7
PARTIE I. L'ENCADREMENT VIGILANT DES RELATIONS ENTRE LES PARTIES AU CONTRAT DE FRANCHISE.....	35
TITRE I. LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE PENDANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT	39
Chapitre 1. Le contrôle de la liberté du franchisé par le droit de la concurrence.....	43
Chapitre 2. Le contrôle de l'équilibre du contrat de franchise par le droit de la concurrence.....	79
TITRE II. LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE LOYALE À L'ISSUE DES RELATIONS CONTRACTUELLES	127
Chapitre 1. Le contrôle des stipulations contractuelles relatives à l'après-contrat.....	131
Chapitre 2. Le contrôle du comportement des parties à l'issue du contrat	217
PARTIE II. LA RÉGULATION LACUNAIRE DES RELATIONS AVEC LES TIERS AU CONTRAT DE FRANCHISE.....	273
TITRE I. LA SANCTION DES COMPORTEMENTS DÉLOYAUX DES TIERS PRÉJUDICIALES AU RÉSEAU	277
Chapitre 1. La protection lacunaire du réseau contre la revente parallèle	281
Chapitre 2. La protection classique du réseau contre l'abus de concurrence des tiers.....	325
TITRE II. LA SANCTION DES COMPORTEMENTS ABUSIFS DU RÉSEAU PRÉJUDICIALES AUX TIERS	355
Chapitre 1. Les abus de domination commis par le réseau au préjudice des tiers.....	361
Chapitre 2. Les abus de dépendance commis par le réseau au préjudice des tiers.....	393
CONCLUSION.....	433
BIBLIOGRAPHIE	441
INDEX DE JURISPRUDENCE	517
INDEX THÉMATIQUE.....	545
TABLE DES MATIÈRES.....	551



PRÉFACE

Accord ayant pour finalité « la réitération d'une réussite commerciale », selon l'expression de Didier Ferrier, le contrat de franchise est devenu le mode d'organisation majeure des réseaux de distribution. Avec un essor fulgurant en France entre 1970 et 1990, il connaît un succès persistant. Son importance économique n'est plus à démontrer puisqu'il représente 2 % du produit intérieur et plus de 16 000 réseaux. Subissant alors l'emprise croissante des règles de concurrence, compte tenu de ses effets multiples sur le marché, « le droit de la concurrence constitue un modèle en vertu duquel les réseaux de franchise se structurent », ainsi que l'observe Louis Vogel.

Si la question des rapports entre le contrat de franchise et le droit de la concurrence est souvent abordée comme une question classique par les ouvrages de droit de la concurrence ou de droit de la distribution, aucune thèse n'avait été jusqu'ici consacrée à un tel sujet. Le mérite en revient à M. Alexandre Riéra, lequel expose avec la plus grande rigueur, minutie et concision, mais aussi avec un style chatoyant et impeccable, les difficultés liées au contrat de franchise dans ses relations avec le droit de la concurrence dont les commentaires juridiques se font régulièrement l'écho. On sait que comme tout lien, celui qui existe entre le contrat de franchise et le droit de la concurrence, est ambivalent : il unit et sépare à la fois.

Les effets proconcurrentiels de ce mode de distribution sont bien connus : puissant vecteur d'innovation, facteur d'économies en termes d'investissement, possibilité d'accès à la réussite pour les franchisés qui espèrent partager le savoir-faire, la notoriété et l'expérience du franchiseur, sans oublier les profits que peuvent en tirer les consommateurs en termes de qualité des produits et services ou des effets induits par la concurrence entre

les marques. On connaît aussi ses effets à la fois destructeurs à l'égard des tiers au réseau et tyranniques à l'égard des franchisés, en particulier lorsqu'ils veulent reprendre leur liberté, ce qui fait craindre parfois la reconstitution de nouvelles féodalités économiques.

D'emblée, l'auteur précise que son approche a consisté à étudier l'influence du droit de la concurrence sur le contrat et non l'influence du contrat de franchise sur le droit de la concurrence : il s'agit ici essentiellement de savoir de quelle manière les règles issues du droit de la concurrence sont susceptibles de modifier l'organisation du réseau de franchise et le comportement de ses membres, quelle empreinte l'ordre public économique peut laisser sur le réseau. Dès lors, dans un plan privilégiant classicisme et rigueur, M. Riéra étudie successivement les relations entre contractants, en d'autres termes les rapports internes au réseau, dans une première partie, puis les relations avec les tiers au réseau, que ces derniers soient d'ailleurs concurrents ou partenaires commerciaux, dans une seconde partie.

La première partie se divise en deux titres, le premier ayant trait à l'exécution du contrat, autrement dit au déroulement des relations contractuelles à l'aune du droit de la concurrence, et la seconde au devenir des relations entre les contractants à l'issue du contrat, où l'impact du droit de la concurrence est également important.

Dans les rapports entre les parties, c'est le souci de préservation de la liberté économique du franchisé qui permet d'expliquer, selon l'auteur, la plupart des solutions dégagées par le droit de la concurrence. Paradoxalement, nous dit M. Riéra, « à trop vouloir préserver la liberté du franchisé, on en vient à porter atteinte à celle du réseau et donc peut-être à minimiser les effets favorables de ce type de contrat sur la concurrence ». En effet, on laisse peu de moyens au franchiseur de s'octroyer un véritable pouvoir de contrôle sur le marché de l'entreprise franchisée. Cela justifierait alors la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge du franchisé pendant l'exécution du contrat, de façon à protéger efficacement le savoir-faire. L'auteur critique aussi la prohibition trop stricte des prix imposés ou l'encadrement des interdictions liées à la revente des produits, notamment via Internet.

À l'issue des relations contractuelles, l'auteur estime que la protection du réseau sert à légitimer les atteintes à la liberté d'entreprendre du franchisé et que le seul constat de la nécessité de défendre les divers signes distinctifs, en particulier le savoir-faire, ne peut justifier l'aliénation totale de la liberté aux dépens des franchisés et sa dépossession du fonds de commerce. On attend alors l'antienne de la contrepartie avec la discussion classique sur les fondements juridiques proposés par la doctrine, sur la transposition des solutions proposées par le droit du travail. En réalité, il n'en est rien : M. Riéra nous explique que le débat sur la contrepartie est purement « hexagonal » et que le fondement de l'exigence (cause, quasi-contrat...) est ici très contestable. Il défend alors l'idée que le contrôle le plus approprié passe par une appréciation plus rigoureuse du critère de proportionnalité qui doit être apprécié à l'aune de l'atteinte aux libertés et aux intérêts patrimoniaux du franchisé, lequel aboutirait à déclarer la nullité de la plus grande partie des clauses de non-concurrence. Il examine enfin la possibilité de soumettre la clause de non-concurrence à l'article L. 442-6, I, 2e, du Code de commerce relatif aux clauses abusives, question rarement abordée par la doctrine.

Dans la seconde partie, M. Riéra montre – avec son goût pour les paradoxes – que le réseau de franchise peut incarner tantôt le rôle de tyran, tantôt celui de victime. L’auteur oppose alors dans deux titres successifs l’étude des comportements déloyaux des tiers à l’étude des comportements abusifs du réseau, préjudiciables aux tiers, à travers les ententes et les abus de domination. Selon l’auteur, les infractions d’abus de position dominante ou de dépendance économique ne protègent qu’imparfaitement les concurrents du réseau, alors que la puissance économique et l’effet de masse du réseau aboutissent souvent mécaniquement à un verrouillage du marché. Inversement, la protection du réseau par le droit de la concurrence est insuffisante. La protection contre d’éventuels actes de concurrence déloyale ne varie pas selon que la victime est un commerçant indépendant ou un membre du réseau. Cette indifférence du droit économique se vérifie aussi en matière de revente parallèle : faute de mécanisme d’opposabilité aux tiers, il est impossible de faire peser sur le revendeur parallèle une véritable présomption de faute, le principe de libre circulation des marchandises primant sur la protection du réseau.

La thèse se termine ensuite par un certain nombre de propositions originales qui reprennent les analyses antérieures - par exemple à propos des importations parallèles ou l’application de la théorie des installations essentielles au réseau - lesquelles peuvent être discutées, mais sont toujours argumentées et, à notre sens, convaincantes. Plus particulièrement, pour assurer une meilleure opposabilité du réseau à la concurrence, l’auteur propose l’élaboration d’un mécanisme de publicité dont le registre du commerce et des sociétés pourrait être le réceptacle : « la mention de l’éventuelle appartenance à un réseau de franchise, dont les principales caractéristiques seraient précisées, pourrait être exigé de chaque commerçant ». Il ajoute que la connaissance du réseau par les tiers pourrait être présumée de façon à mieux sanctionner les atteintes au réseau en matière de revente parallèle.

Cela montre bien que la recherche de M. Riéra n’est pas une simple synthèse des relations tantôt apaisées tantôt agressives entretenues par le droit de la concurrence avec le contrat de franchise, mais une vraie thèse développée autour d’axes de réflexion précis et pertinents, lesquels débouchent systématiquement sur des propositions.

La thèse de M. Riéra restera sans doute un ouvrage de référence en la matière, que l’on partage son approche contractualiste, dans la tradition du centre de recherche auquel il est rattaché, ou que l’on ait une approche plus économique, plus tournée vers « le grand droit de la concurrence ». Ce travail soigneux et de très grande qualité lui a déjà valu un prix de thèse et lui a ouvert immédiatement les portes de l’université en tant que Maître de conférences. L’aisance et le talent qu’on lui connaissait déjà et que chacun avait remarqués chez l’étudiant modèle, vérifiés ensuite chez le moniteur ou l’attaché temporaire de recherche brillant, sont entièrement confirmés par cette belle thèse...

Yves PICOD

Professeur à l’Université de Perpignan *Via Domitia*
Doyen de la Faculté de Droit de Perpignan

AVANT-PROPOS

Quel est l'objectif poursuivi par Alexandre Riéra ? Ebaucher un régime commun de la franchise au regard des règles de concurrence, de toutes les règles de concurrence, « petites » ou « grandes », comme il est d'usage de les définir aujourd'hui (concurrence déloyale et pratiques restrictives pour les premières, pratiques anticoncurrentielles pour les secondes).

La tentative mérite d'être saluée : elle n'avait jamais été entreprise auparavant. Elle aboutit à la conclusion générale (p. 439) que « la rupture intellectuelle, la discontinuité d'épistémè, n'est pas à chercher entre « grand » et « petit » droit de la concurrence, mais plutôt selon que le juriste place son regard à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau de franchise ».

En vérité, l'auteur n'a pu atteindre ce résultat qu'en adoptant une approche essentiellement « contractualiste » qui lui permet de nier les conflits et les contradictions et d'homogénéiser son analyse en assignant aux deux droits de la concurrence le même objectif : protéger l'autonomie du franchisé.

Pour Alexandre Riéra, « le contrat de franchise est avant tout un contrat d'adhésion, un contrat de domination, un contrat de dépendance » (p. 34) et le droit de la concurrence a essentiellement pour « souci de défendre la partie économiquement faible et d'encadrer la liberté contractuelle du franchiseur » (p. 46). Et encore, plus loin : « pendant l'exécution du contrat, le droit de la concurrence s'assigne pour finalité principale, voire unique, de préserver les intérêts du franchisé dont on craint qu'il ne soit écrasé par le joug du franchiseur » en insufflant un élan concurrentiel « pour évi-

ter que la domination du franchiseur annihile toute concurrence au sein du réseau ». L'auteur considère enfin comme « étroite » la définition selon laquelle les règles de concurrence « n'assurent la protection d'intérêts particuliers que comme un moyen de la libre concurrence ».

Tout ceci se tient parfaitement, et l'on ne peut que féliciter l'auteur d'avoir clairement mis l'accent sur certaines réalités ou plutôt certaines représentations – à notre sens contestables – du droit de la concurrence. Il est vrai que les autorités de concurrence ont parfois considéré que l'intégration du franchisé au sein du réseau annihilait son indépendance et identifié l'atteinte à l'autonomie du franchisé à la restriction de concurrence. Mais elles tendent aujourd'hui à abandonner cette approche comme le montrent leurs prises de position dans le domaine des prix imposés.

Le raisonnement contractualiste conduit à réaliser le plus de concurrence possible au sein du réseau (pour « moins de réseau entre les parties ») et hors du réseau (contre « trop de réseau à l'égard des tiers »). Ce faisant, il casse la cohérence du droit de la concurrence au sens strict car ce sont précisément les atteintes à la concurrence au sein du réseau qui permettent d'accroître la concurrence hors réseau.

Bref, je demeure convaincu, au terme de la lecture de cette thèse à la fois très démonstrative et très stimulante qu'il existe un véritable conflit de finalités entre les deux droits de la concurrence, le grand et le petit, ou plutôt entre le droit de la concurrence et le droit commun, le premier visant à assurer le bon fonctionnement du marché, le second à garantir l'indépendance des opérateurs. Ce n'est pas le moindre mérite de l'auteur que de l'avoir fait apparaître et de nous avoir ainsi permis de saisir, en miroir, l'essence de cet « enfant terrible du droit » qu'est le contrat de franchise.

Louis VOGEL

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
AJPI	Actualité juridique de la propriété immobilière
AJL	Actualité juridique Loyers
Administrer	Administrer
Aff. parisiennes	Affiches parisiennes (Les)
al.	Alinéa
anc.	Anciennement
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle
Ann. loyers	Annales des loyers (Les)
ann.	Annexe
Annonces de la Seine	Annonces de la Seine (Les)
A.	Arrêté
A. min.	Arrêté ministériel
art.	Article
AN	Assemblée nationale
ass. plén.	Assemblée plénière
aud. sol.	Audience solennelle
AMF	Autorité des marchés financiers
BALO	Bulletin des annonces légales obligatoires
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation

BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes
BODGI	Bulletin officiel de la Direction générale des impôts
BO douanes	Bulletin officiel des douanes
BOI	Bulletin officiel des impôts
BOPI	Bulletin officiel de la propriété industrielle
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
Bull. RCS	Bulletin du registre du commerce et des sociétés
Cah. ANAH	Cahiers de l'ANAH
Cah. dr. auteur	Cahiers du droit d'auteur
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
cass.	Cassation
ch.	Chambre
ch. cons.	Chambre du conseil
ch. corr.	Chambre correctionnelle
chap.	Chapitre
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. douanes	Code des douanes
CGI	Code général des impôts
C. marchés int. nat.	Code des marchés d'intérêt national
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
C. trav.	Code du travail
C. urb.	Code de l'urbanisme
coll.	Collection
comm.	Commission
CCA	Commission des clauses abusives
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Comm. conc.	Commission de la concurrence
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CEE	Communauté économique européenne
CE	Communauté européenne
Comm. com. électr.	Communication - Commerce électronique
cf.	Confer
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État

Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
contra	Contra
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
c/	Contre
conv.	Convention
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
C.	Cour
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPC	Code de procédure civile
crit.	Critique
D. aff.	Dalloz Affaires
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie)
DP	Dalloz périodique
D.	Dalloz (Recueil)
Rép. méth. Dalloz	Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence
Rép. prat. Dalloz	Dalloz, Répertoire pratique
déc.	Décision
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
D.	Décret
Joly	Dictionnaire Joly
Dict. perm.	Dictionnaire permanent (Éditions législatives)
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
dir.	Directive
doctr.	Doctrine
Doc. AN	Document parlementaire - Assemblée nationale
Doc. Sénat	Document parlementaire - Sénat
Dr. fisc.	Droit fiscal
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. prat. com. int.	Droit et pratique du commerce international
Dr. et procéd.	Droit et procédures
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Dr. et sociétés	Droit et sociétés
éd.	Édition
et a.	Et autre(s)
Ets	Établissements
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
Europe	Europe
fasc.	Fascicule

Doc. fisc. Lefebvre	Feuillet de documentation pratique fiscal Lefebvre
Doc. soc. Lefebvre	Feuillet de documentation pratique social Lefebvre
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GAD aff.	Grands arrêts - Droit des affaires
GAJ civ.	Grands arrêts - Jurisprudence civile
GAJ com.	Grands arrêts - Jurisprudence commerciale
GAJDIP	Grands arrêts - Jurisprudence française de droit international privé
Guide perm.	Guide permanent (Lamy)
ibid.	Ibidem
id.	Idem
infra	Infra
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
INC	Institut national de la consommation
INPI	Institut national de propriété industrielle
instr. min.	Instruction ministérielle
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JOAN	Journal officiel - Assemblée nationale
JO Sénat	Journal officiel - Sénat
JO/JORF	Journal officiel (Lois et décrets)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Journ. sociétés	Journal spécial des sociétés
J.-Cl.	JurisClasseur (Encyclopédies)
JCP A	JurisClasseur périodique - Édition Administrations et Collectivité territoriales
JCP E	JurisClasseur périodique - Édition Entreprises et affaires
Cah. dr. entr.	Juris-Classeur périodique - Cahiers de droit de l'entreprise
JCP G	JurisClasseur périodique - Édition générale
JCP N	JurisClasseur périodique - Édition notariale et immobilière
Juris-Data	Juris-Data
Jurispr.	Jurisprudence
loc. cit.	Loco citato
L.	Loi
L. fin.	Loi de finances
L. fin. rect.	Loi de finances rectificative
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
min. publ.	Ministère public
min.	Ministre
n°	Numéro
op. cit.	Opere citato
Option finance	Option finance
ord.	Ordonnance
p.	Page
LPA	Petites affiches (Les)
plén.	Plénière
PV	Procès-verbal
Propr. industr.	Propriété industrielle

PIBD	Propriété industrielle, bulletin de documentation
Propr. intell.	Propriétés intellectuelles
rappr.	Rapprocher
Rec. CEDH	Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État
S.	Recueil Sirey
réf.	Référés
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
rép. min.	Réponse ministérielle
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes
Revue de l'arbitrage	Revue de l'arbitrage
RDC	Revue des contrats
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RD aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDI	Revue de droit immobilier
RD intell.	Revue de droit intellectuel
RDIP	Revue de droit international privé
RD propr. ind.	Revue du droit de la propriété industrielle
Rev. dr. UE	Revue du droit de l'Union européenne
Rev. éco. fin.	Revue d'économie financière
RFDA	Revue française de droit administratif
RFD const.	Revue française de droit constitutionnel
Rev. huissiers	Revue des huissiers de justice
RI conc.	Revue internationale de la concurrence
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
Rev. loyers	Revue des loyers et des fermages
Rev. propr. com.	Revue de la propriété commerciale
RPI	Revue de propriété intellectuelle
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Rev. urb.	Revue de l'urbanisme
sté	Société
SA	Société anonyme
somm.	Sommaire

s.	Suivant
suppl.	Supplément
supra	Supra
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. arb.	Tribunal arbitral
T. com.	Tribunal de commerce
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
UE	Union européenne
V.	Voir
vol.	Volume

INTRODUCTION¹

1 Les jurisprudences sont, autant que faire se peut, citées accompagnées du numéro de rôle ou du numéro de pourvoi pour la Cour de cassation, lesquels devraient utilement être à même de remplacer la référence de publication au Bulletin. Il semble en effet qu'il soit, à l'heure actuelle, plus courant, plus aisé et plus efficace d'accéder à une décision par l'intermédiaire des bases de données en ligne qu'en procédant à une recherche sur le support papier.

L'usage de la locution *op. cit.* a été banni de ce travail tant il paraît désagréable, dans le cadre de la consultation ponctuelle et ciblée d'un document, d'être contraint de remonter parfois plusieurs dizaines de pages en amont pour tenter d'y trouver la référence initiale complète. La locution *ibid.* renvoyant à la référence précédente n'a pas paru présenter le même type de désagrément et a donc été conservée.

1. Contrat de « franchise », de « franchisage », voire de « franchising » : la première difficulté de cette étude se situe au stade même de la sémantique, si bien qu'avant même d'aborder le traditionnel problème de la définition des termes du sujet, s'ajoute ici celui – plus inédit – de leur dénomination. Le contrat de franchise a ceci de particulier que l'on ne peut le nommer sans susciter immédiatement le débat et la controverse. Les plus anglophiles pourraient choisir l'appellation de « franchising », substantif issu du participe présent du verbe *to franchise*. Ce qui pourrait de prime abord ressembler à un anglicisme n'en a d'ailleurs que l'apparence, car, à y regarder de plus près, le verbe anglais *to franchise* a été créé à la fin du XIV^e siècle à partir du vieux français *franchis*, participe passé de « franchir » qui, au XII^e siècle, signifiait libérer. Outre cette origine ancienne et son aspect cosmopolite, le terme de « franchising » est également investi d'une dimension historique.

2. **Naissance en Amérique.** Il est en effet de tradition d'enseigner que le concept fut créé outre Atlantique dans les années 1850, par Isaac M. Singer, inventeur de la machine à coudre moderne. Ce dernier souhaitait améliorer la diffusion de son invention, mais manquait de fonds pour développer sa production. Il était également conscient qu'il serait difficile de vendre ses machines sans proposer à ses clients une formation initiale et une forme de « service après-vente », bien que le terme sonne comme un anachronisme. Incapable d'assumer seul une telle tâche sur l'ensemble du territoire américain, Singer conféra à certains revendeurs le droit de distribuer ses machines sur un territoire donné en contrepartie du paiement d'une redevance, qui lui servit à améliorer sa propre chaîne de production. Les revendeurs étaient formés afin

de pouvoir répondre aux attentes et interrogations de leurs clients. Le succès d'Isaac M. Singer peut être considéré comme la pierre fondatrice du processus économique de « franchising ».

3. Dans sa dimension historique, le terme de « franchising » est encore associé au nom de Ray Kroc qui, s'il est inconnu du grand public, n'en a pas moins façonné et transformé le mode de vie occidental de la fin du XX^e siècle. Vendeur de mixeurs, destinés à la fabrication de milk-shakes, Ray Kroc fut surpris, en 1954, par une commande anormalement importante de huit de ses mixeurs par un restaurant de San Bernardino, en Californie. Se rendant sur place, Ray Kroc découvrit un petit restaurant dont les gérants avaient développé une méthode particulièrement efficace pour la préparation de frites et de hamburgers. Les deux frères, propriétaires de l'établissement, qui rencontraient un franc succès, se nommaient Richard et Maurice McDonald. Kroc racheta sans tarder les droits relatifs à l'appellation McDonald's, avec l'ambition de développer des restaurants identiques à celui des frères McDonald de l'Alaska jusqu'à l'Alabama. Le leitmotiv de Kroc pour séduire ses partenaires se déclinait à la manière d'un slogan : « *In business for yourself, but not by yourself* » : entreprenez pour vous-même, mais pas par vous-même. L'idée rencontra le succès que chacun connaît.

4. **Lainière de Roubaix.** Fort, entre autres, de ces deux hauts patronages, le terme et le concept de « franchising » furent importés en France et en Europe dans les décennies qui suivirent. Les années 1970 connurent l'explosion du nombre de réseaux de franchise, tandis que le terme de « franchising » semble utilisé pour la première fois dans la doctrine juridique française en 1970². Cependant, si l'histoire de la franchise est intimement liée à celle des États-Unis, on ne peut présenter le concept comme la simple importation d'une création exclusivement américaine. Outre la Californie, l'histoire de la franchise commerciale se noue également à Roubaix, sous l'égide de Jean Prouvost, directeur de la filature de la ville. Ce dernier chargea, dans les années 1930, un jeune polytechnicien de développer un réseau de distributeurs qui seront liés à la Lainière de Roubaix par un contrat leur garantissant l'exclusivité des produits dans un secteur géographique donné. À quelques années d'écart, l'idée n'était pas différente de celle qui avait inspiré Isaac M. Singer. On peut dès lors comprendre les réticences à l'usage du terme de « franchising » qui, sans faire preuve d'un chauvinisme exacerbé, traduit il est vrai fort mal les origines roubaisiennes du concept. Au-delà de l'argument historico-géographique, l'abandon du terme de « franchising » est également commandé par des considérations d'ordre linguistiques, voire légales.

5. **Arrêté du 29 novembre 1973.** On pourrait en effet soutenir, avec un brin de provocation, que l'emploi du terme « franchising » est devenu illégal depuis l'adoption

2 P. Durand et J. Latscha, « Le franchising », *JCP CI*, 1970, 87634, n° 670. Le terme sera également employé deux ans plus tard par Saint-Alary, « Problèmes acides du franchising », *Cab. dr. entr.*, 1972, no 2, p. 35 et s.

d'un arrêté du 29 novembre 1973³, relatif à la terminologie économique et financière. Le texte, par renvoi à un décret du 7 janvier 1972 relatif à l'enrichissement de la langue française⁴, impose que seul le terme de « franchisage » soit utilisé en lieu et place de « franchising » dans les divers actes réglementaires, les documents émanant des administrations ou établissements publics ou les marchés et contrats auxquels ils sont parties, ainsi que « *dans les ouvrages d'enseignement, de formation ou de recherche utilisés dans les établissements, institutions ou organismes dépendant de l'État, placés sous son autorité ou soumis à son contrôle ou bénéficiant de son concours financier à quelque titre que ce soit* »⁵. La position adoptée par le pouvoir réglementaire bénéficie en outre de la caution morale de l'Académie française, consultée pour l'occasion ainsi que de celle du Haut comité pour la défense et l'expansion de la langue française et de la Commission de terminologie du ministère de l'Économie et des finances. Gageons toutefois que notre lecteur nous pardonnera de l'avoir rendu complice de la violation, répétée, de cet acte réglementaire dans les pages précédentes. Le « franchising » ainsi banni, le « franchisage » a séduit parmi les plumes les plus autorisées de la doctrine juridique. Le Professeur Philippe Le Tourneau est ainsi un des plus fidèles défenseurs de l'appellation officielle et regrette que celle-ci ne soit pas davantage usitée, dénonçant au passage de la part de ceux qui la délaissent « *une manière d'agir [...] particulièrement fâcheuse quand elle est le fait d'universitaires* »⁶. Pour regrettable qu'elle puisse être, la pratique consistant à délaisser le terme de franchisage est toutefois très largement généralisée, y compris dans la communauté universitaire. Ainsi, si l'on se réfère aux titres des principaux ouvrages sur le sujet, le terme de franchisage n'est que très marginalement usité⁷.

6. Le débat pourrait bien ressembler à une guerre picrocholine s'il n'avait un impact certain sur la recherche juridique. À l'heure où l'usage des moteurs de recherche et des bases de données est devenu incontournable, la coexistence de divers termes concurrents désignant la même figure contractuelle est inévitablement source de difficulté et de complexité. Un légiste zélé se conformant strictement aux prescriptions réglementaires et faisant usage exclusif du terme de franchisage dans ses recherches dénombrait ainsi au maximum quelques dizaines d'articles juridiques consacrés au sujet, là où l'utilisation du terme « franchise » débouche sur plusieurs centaines de résultats. La difficulté est la même dans le traitement de la jurisprudence, la Cour

3 Arrêté du ministre de l'Économie et des finances du 29 novembre 1973, relatif à la terminologie économique et financière, *JORF*, 3 janvier 1974, p. 95.

4 Décret n° 72-19 du 7 janvier 1972 relatif à l'enrichissement de la langue française, *JORF*, 9 janvier 1972, p. 388.

5 Ibid., art. 6.

6 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 2.

7 Outre l'ouvrage du Professeur Le Tourneau (P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007), le terme est également employé par Philippe Bessis (P. Bessis, *Le contrat de franchisage*, L.G.D.J., 1990) et par un certain nombre d'auteurs d'écrits académiques (v. notamment pour les plus récents C. Maury, *Les contrats de concession et de franchisage dans le redressement et la liquidation judiciaires* Thèse : Toulouse I, 2004 ou R. Doss Bennani, *Le franchisage en droit marocain*, Thèse : Perpignan, 2003).

de cassation, par exemple, utilisant alternativement dans la rédaction de ses arrêts les termes de « franchisage » et de « franchise »⁸.

7. Bien que le nombre ne fasse pas à lui seul argument ni autorité, le parti a été pris dans cette étude d'utiliser exclusivement le terme de franchise, que doctrine et praticiens semblent, dans une immense majorité, avoir adopté ; très probablement à raison de sa simplicité. On ajoutera que l'Histoire a montré à quel point l'intervention de l'État dans le domaine de la linguistique était souvent l'apanage de régimes autoritaires, voire dictatoriaux⁹, si bien qu'il ne nous paraît pas particulièrement illégitime de s'affranchir des dispositions de l'arrêté du 29 novembre 1973. On remarquera enfin que le pouvoir réglementaire, redoutant manifestement peu la contradiction, semble lui-même s'être lassé de l'emploi du terme de « franchisage », si l'on s'en réfère à la rédaction d'un décret du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés, dont l'article 4, b) vise précisément l'exploitation d'un fonds de commerce « *dans le cadre d'un contrat de franchise [sic] au sens de l'article L. 330-3 du Code de commerce* »¹⁰. Avec un peu d'audace, il sera dès lors considéré que ce texte peut être interprété comme l'abrogation implicite de l'arrêté du 29 novembre 1973 sur ce point¹¹.

I. LE CONTRAT DE FRANCHISE, FIGURE CONTRACTUELLE SINGULIÈRE

1. Notion de contrat de franchise

8. **Corpus législatif.** Reste, après avoir consacré de sans doute trop longs développements au signifiant, à s'intéresser au signifié. Si l'on se réfère au corpus législatif, le contrat de franchise est souvent abordé, mais rarement pour ne pas dire jamais défini. Ce sont bien souvent des considérations d'ordre fiscal qui poussent le législateur

8 Pour un arrêt récent utilisant le mot « franchisage », v. Cass. Com., 29 janvier 2013, Directeur général des finances publiques c/ SPAS Promo art distribution, n° 12-12.966, JurisData n° 2013-001595 : Inédit.

Six mois plus tard, la même chambre de la Cour de cassation préférerait utiliser le terme de « franchise » (Cass. Com., 25 juin 2013, SAS Hypromat France c/ EURL CLE, n° 12-20.815, JurisData n° 2013-01325 : Inédit).

Parfois, la Haute juridiction utilise, au sein de la même décision, les deux termes : v. notamment Cass. Com., 9 octobre 2007, Sté ETE c/ Sté SFR, n° 05-14.118, JurisData n° 2007-040801, *RDC*, 2008, n° 2, p. 410, note Behar-Touchais, *JCP G*, 2007, II, p. 10211, note Dissaux, *RTD civ.*, 2008, p. 300, obs. Fages, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40, note Ferré et Deberdt, *D.*, 2008, p. 388, note Ferrier, *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119, note Gautier, *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355, note Kenfack, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6, note Mainguy et Depincé, *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298, note Malaurie-Vignal, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42, note Stoffel-Munck.

9 V. notamment D. d'Oria, « Fascisme et autarcie linguistique », *Mots*, 1985, n° 11, p. 81 et s.

10 Décret n° 2010-720 du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés.

11 Sur cette notion, v. par exemple C.E. Ass., 16 décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice ; C.E. Sect., 23 novembre 2005, Mme Baux.

à envisager le cas des commerçants franchisés. Ainsi, l'article 208 quater du Code général des impôts est-il le seul texte à valeur législative mentionnant explicitement les « opérations de franchisage »¹². Le lecteur en quête d'éclaircissements sur la notion risque toutefois d'être déçu, le texte se bornant à indiquer que « *les dispositions du I [permettant sous certaines conditions un affranchissement de l'impôt sur les sociétés] sont applicables, pour une durée de cinq ans, aux bénéficiaires retirés par des entreprises industrielles métropolitaines des opérations de franchisage réalisées à compter du 1er janvier 1983 avec des entreprises nouvelles à caractère industriel exploitées dans les départements d'outre-mer* »¹³. Un arrêté du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise, dit arrêté Neiertz, impose par ailleurs à tout franchisé d'« *informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente* »¹⁴. Toutefois, là encore, on ne découvre nulle définition de ce que peuvent être les « accords de franchise » visés par le texte. On retrouve encore une référence au contrat de franchise dans une convention internationale signée entre Paris et Ottawa en matière d'impôts sur le revenu¹⁵. Toutefois, là encore, la notion est utilisée sans être préalablement définie.

9. Droit européen. C'est finalement le législateur européen qui semble le plus prompt à se préoccuper des situations particulières créées par la conclusion de contrats de franchise. On pense inévitablement, et bien que ce texte ne soit plus de droit positif, au règlement du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accord de franchise. Le règlement du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie évoque, lui aussi, le contrat de franchise même si ce n'est que pour l'exclure de son champ d'application¹⁶. De façon plus anecdotique, un règlement du 12 janvier 2005 relatif aux statistiques communautaires de la balance des paiements, du commerce international des services et des investissements directs étrangers évoque la notion de « redevances de franchisage » tandis qu'un règlement du 3 juin 2009 relatif à la norme internationale d'information financière IFRS 3 envisage le cas du rachat du fonds franchisé par le franchiseur sous le prisme de la comptabilisation des immobilisations incorporelles ainsi recouvrées. La notion de contrat de franchise est encore utilisée par le Règlement du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, plus communément connu sous le nom de règlement « Rome I ». Le texte s'intéresse à plusieurs reprises

12 Article 208 quater du Code général des impôts, modifié par la loi du 28 décembre 2001.

13 Ibid.

14 Arrêté du ministre de l'Economie et des finances et du budget du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise, abrogé par arrêté du 14 janvier 2009. Le texte est désormais codifié à l'article A. 441-1 du Code de commerce.

15 Entente fiscale du 1^{er} septembre 1987 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Québec en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune faite à Québec le 1^{er} septembre 1987, art. 12.

16 Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, considérant 8.

au contrat de franchise, auquel il réserve un traitement particulier par rapport autres contrats de prestations de service. Si la règle posée quant à la loi applicable est relativement simple (à défaut de choix par les parties, le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle¹⁷), le règlement est lui aussi muet quant à la notion de contrat de franchise.

10. Définitions légales. Un tel inventaire à la Prévert peut légitimement décourager : fiscalistes, comptables, internationalistes s'intéresseraient donc au contrat de franchise sans cependant que celui-ci ne soit jamais défini. Une telle assertion serait à la fois excessive et inexacte. Le contrat de franchise a, à tout le moins, été défini par deux textes normatifs. La définition la plus ancienne est celle donnée par l'arrêté du 29 novembre 1973 relatif à la terminologie économique et financière. Au terme de ce texte, il faut entendre par contrat de franchisage, le « *contrat par lequel une entreprise concède à des entreprises indépendantes, en contrepartie d'une redevance, le droit de se présenter sous sa raison sociale et sa marque pour vendre des produits ou services* »¹⁸. En droit européen, le règlement du 30 novembre 1988 – qui n'est plus en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000 – définissait un accord de franchise comme « *un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés* »¹⁹. Le texte précisait par ailleurs que ce type de contrat doit comprendre au moins les obligations suivantes : « *l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire et la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord* »²⁰.

11. Définitions de soft law. Enfin, de nombreux textes de « *soft law* » se sont intéressés au contrat de franchise. Ainsi, les lignes directrices sur les restrictions verticales publiées par la commission européenne en 2010²¹ consacrent-elles de longs développements au contrat de franchise. C'est également le cas, en droit interne, des Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations²². De façon plus complète encore, la Fédération française de la franchise a publié un « Code de déontologie européen de la franchise », dans lequel cette opération est définie comme « *un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement*

17 Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 4-1, e)

18 Arrêté du ministre de l'Economie et des finances du 29 novembre 1973, relatif à la terminologie économique et financière, *JORF*, 3 janvier 1974, p. 95.

19 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise.

20 Ibid.

21 Comm. U.E., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2010, n° 45 e)

22 Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, annexe C (devenue annexe B dans les lignes directrices révisées, publiées le 10 juillet 2013).

et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchiseés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchiseés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchiseé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet »²³.

12. Définitions jurisprudentielles. La jurisprudence a pareillement tenté de combler les lacunes législatives. On doit à la Cour d'appel de Toulouse, dans une décision du 25 mai 2004, une définition particulièrement pédagogique et juridique du contrat de franchise ; « *contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise dénommée franchiseur confère à une ou plusieurs autres entreprises dénommées franchiseés le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchiseé diligent de faire des affaires profitables* »²⁴. La Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est quant à elle livrée à une définition en creux et par la négative du contrat de franchise, se contentant de préciser qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'impose dans un tel contrat la stipulation d'une exclusivité territoriale au profit du franchiseé²⁵. Si l'arrêt permet très clairement de comprendre que l'exclusivité territoriale n'est pas un critère de qualification du contrat de franchise, il est parfaitement taiseux quant aux indices qui pourraient, eux, être décisifs. Au final, la définition jurisprudentielle de référence du contrat de franchise demeure celle donnée par la Commission des communautés européennes dès 1986. Dans le célèbre arrêt Pronuptia, la Commission avait pu livrer une définition assez précise des franchises de distribution. Par un tel procédé, « *une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès* »²⁶.

13. Définitions doctrinales. Si la définition de l'arrêt Pronuptia demeure aujourd'hui une référence, on ne peut nier le rôle majeur de la doctrine dans l'élaboration de la notion de contrat de franchise. Le Professeur Philippe Le Tourneau « *le*

23 Fédération française de la franchise, *Code de déontologie européen de la franchise*, disponible en ligne <http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/19/318.html>.

24 C.A. Toulouse, 25 mai 2004, EURL France Evaluation c/ Blervaque, n° 02/02808, JurisData n° 2004-247226.

25 Cass. Com., 19 novembre 2002, Sté Gilde Aurore c/ Mme Chazalet, n° 01-13.492, *JCP E*, 2003, n° 3, p. 23, note Mainguy, *LPA*, 2003, n° 146, p. 15, note Marot.

26 CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84

franchisage organise une coopération entre des entreprises indépendantes »²⁷ : le franchiseur, « qui a mis au point et expérimenté un concept substantiel, identifié et réitérable, à même de générer un flux d'activité économique » permet aux franchisés « qui s'affilient au réseau [et] en deviennent un des maillons »²⁸ de bénéficier « notamment du savoir-faire, des signes de ralliement de la clientèle et de l'assistance continue et individualisée du franchiseur »²⁹. Le Professeur Didier Ferrier souligne pour sa part l'aspect mimétique de l'opération. Pour cet auteur, la franchise est, avant tout, un contrat ayant pour finalité « la réitération d'une réussite commerciale »³⁰, expérimentée par le franchiseur au profit des franchisés. Les Professeurs François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque insistent davantage sur les obligations caractéristiques imposées aux parties. Ainsi, le contrat de franchise « est le contrat en vertu duquel une personne nommée franchiseur, s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir en marchandises, le franchisé s'engageant, en retour, à exploiter le savoir-faire, à utiliser la marque et, éventuellement, à s'approvisionner auprès du fournisseur »³¹. En somme, il semble que tant le législateur que la jurisprudence et la doctrine s'accordent sur certains points fondamentaux :

- l'intérêt économique du contrat, qui consiste à reproduire la réussite commerciale du franchiseur,
- l'indépendance juridique qui doit présider aux relations des deux cocontractants,
- le caractère primordial des obligations réciproques de transmission et d'utilisation du savoir-faire.

Aussi, et sans autre prétention que celle de proposer une définition en forme de « plus petit dénominateur commun » des autres analyses proposées, il nous semble possible de considérer que le contrat de franchise est celui par lequel deux entreprises indépendantes s'engagent à collaborer en vue de reproduire le succès commercial rencontré par la première, le franchiseur, par la communication et la mise à disposition, à titre onéreux, de son savoir-faire et de certains signes de ralliement de clientèle au profit de la seconde, le franchisé.

2. Contrat de franchise et modèles concurrents³²

14. Modèles contractuels incompatibles avec la qualification de contrat de franchise. Cette définition permet ainsi de différencier assez aisément le contrat de franchise d'autres figures contractuelles proches. Ainsi, il est clair que la qualification

27 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 6.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 670.

31 F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011, n° 951.

32 L'expression est empruntée à H. Aubry, « La franchise et les modèles concurrents », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 9 et s.

de contrat de franchise est exclusive de celle de contrat de travail, à raison de l'indépendance du franchisé qui exclut tout lien de subordination³³. L'indépendance du franchisé justifie encore la distinction entre franchise et mandat : le franchisé agit pour son propre compte, ce qui n'est pas le cas du mandataire, qui agit pour le compte du mandant³⁴. De la même manière, le statut de franchisé est distinct de celui d'agent commercial, ce dernier agissant, en tant que mandataire, au nom et pour le compte d'un tiers³⁵. La franchise doit en outre être distinguée de la commission-affiliation. En effet, la commission-affiliation est avant tout, comme son nom l'indique, une opération de commission, ce qui implique que le commissionnaire joue un simple rôle d'intermédiaire³⁶. Le commissionnaire n'est pas propriétaire des stocks de marchandises à vendre, et perçoit une commission calculée sous forme de pourcentage du chiffre d'affaires réalisé. À ce titre, les prix de vente sont fixés par le commettant, titulaire de l'enseigne dans la mesure où « *le commissionnaire n'est pas un opérateur économique pouvant être qualifié de revendeur* »³⁷. L'ensemble de ces éléments permet de distinguer aisément les concepts de franchise et de commission-affiliation³⁸. En revanche, il est évident que, si le franchisé n'est pas un commissionnaire-affilié, le contrat de franchise demeure un contrat d'affiliation, au sens large du terme³⁹. Naturellement enfin, un établissement franchisé n'est pas une succursale ou l'établissement d'un groupe, dans la mesure où il possède une personnalité juridique distincte et indépendante de celle de la tête de réseau.

15. Modèles contractuels constituant un démembrement de l'opération de franchise. D'autres contrats se différencient du contrat de franchise dans la mesure

- 33 Sur la problématique de la requalification, v. n° 134 et s.
Pour quelques illustrations jurisprudentielles, v. C.A. Douai, 23 novembre 2006, Platet c/ Ministère Public, JurisData n° 2006-325137 ; Cass. Soc., 18 juillet 2001, n° 98-40.307, *D.*, 2002, p. 3007, obs. Ferrier ; C.A. Dijon, 30 juin 2005, Poyard c/ Phildar, JurisData n° 2005-283427 ; Cass. Soc., 22 mars 2007, Prodim c/ Leroy, n° 05-45.434, JurisData n° 2007-038157.
- 34 Pour une illustration de cette distinction, v. C.A. Lyon, 26 octobre 2006, JurisData n° 2006-320959.
- 35 V. C. Grimaldi, « Mandat et courtage », in Nicolas Dissaux, *Le mandat : un contrat en crise ?*, Economica, 2011 ; J. Hémar, « Les agents commerciaux », *RTD com.*, 1959, p. 573 et s. ; J.-M. Leloup, *Les agents commerciaux. Statuts juridiques. Stratégies professionnelles*, 6e éd., Delmas, 2005.
- 36 Pour Nicolas Dissaux, il s'agit d'une « *une formule par laquelle un commerçant indépendant, le commissionnaire-affilié, s'engage à vendre des marchandises en son propre nom mais pour le compte d'une autre personne, le commettant* » (N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, L.G.D.J., 2007, n° 127). Le même auteur qualifie ce contrat de « monstre juridique » (N. Dissaux, « La commission-affiliation : un monstre juridique ? », *RTD com.*, 2011, no 1, p. 33 et s.). V. également D. Mainguy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de « commission-affiliation » », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008 et F. Auque, « La commission-affiliation », *AJDI*, 2001, p. 1059.
- 37 G. Amédée-Manesme, « La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver », *D. aff.*, 1999, no 170, p. 1160 et s.
- 38 V. G. Castan, « Les contrats de la grande distribution : Critères de distinction entre franchise et affiliation », *RJDA*, 1993, p. 514.
- 39 V. en ce sens, D. Legeais, « Franchise », Fascicule n° 316, in *J.-Cl. Commercial*, 2009 qui définit le procédé d'affiliation au sens large comme « *une catégorie générale de convention à laquelle appartient la franchise : l'affiliation désigne en effet tous accords par lesquels un commerçant, dit affilié, est lié à une centrale d'achats par des engagements réciproques portant sur l'approvisionnement de l'affilié* ».

où ils n'en constituent qu'une forme de démembrement. C'est par exemple le cas du contrat de prêt d'enseigne : si la fourniture de l'enseigne est une composante du contrat de franchise, le tout ne peut naturellement être assimilé à une partie⁴⁰. La même remarque vaut à l'égard de la licence de marque qui, par définition, ne comprend pas la transmission d'un savoir-faire ou d'une enseigne⁴¹. Le contrat de franchise n'est pas, non plus, un contrat de licence de savoir-faire qui, par essence, n'implique pas la transmission d'une enseigne ou d'une marque, pas plus que l'intention de réitérer une réussite commerciale⁴². Enfin, la franchise est bien plus qu'un simple partenariat commercial, qui n'emporte aucun transfert des signes distinctifs ni du savoir-faire⁴³.

16. Modèles contractuels différenciés mais non exclusifs de la qualification de franchise. À ces exclusions relativement évidentes, s'ajoutent d'autres distinctions plus délicates. Ainsi, le contrat de franchise peut se rapprocher d'un contrat de concession. Il se distingue cependant de ce dernier par la primauté de la transmission d'un savoir-faire, ainsi que par le caractère non primordial de l'exclusivité territoriale⁴⁴. Quelle différence toutefois entre un contrat de franchise accompagné d'une exclusivité territoriale et un contrat de concession dans lequel l'exclusivité de distribution s'accompagne de la transmission d'un certain savoir-faire ? Au contraire des distinctions précédemment exposées, il nous semble que l'on ne peut nier l'existence d'une certaine zone de recoupement entre les deux notions qui, parfois, ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Dans certains domaines, un résultat juridique et économique similaire pourra être obtenu en utilisant un contrat de franchise ou un contrat de concession⁴⁵. La notion de contrat de franchise est cependant bien plus vaste que celle de contrat de concession et, si un chevauchement existe, il ne peut valoir que pour une infime part

40 En ce sens, C.A. Toulouse, 25 mai 2004, EURL France Evaluation c/ Blervaque, n° 02/02808, JurisData n° 2004-247226.

41 C.A. Nîmes, 17 avril 2008, SARL DG Avignon c/ SARL L.C. Amazonia, JurisData n° 2008-363533.

42 Les deux notions sont cependant naturellement très proches, le savoir-faire étant considéré comme l'élément fondamental, voire la cause, du contrat de franchise. Sur cette question, v. D. Baschet, « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 690 et s ; F. Chartier, *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, Thèse : Montpellier I, 2002 ; D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », in *Mélanges Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997 ; R. Kovar, « Des licences mixtes de marques et de savoir-faire à la franchise industrielle : la position du droit communautaire de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1991, no 6 ; Y. Marot, « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », *LPA*, 1994, no 92, p. 26.

43 C.A. Paris, 13 septembre 2006, JurisData n° 2006-312382.

44 V. en ce sens, Cass. Com., 4 juin 2002, n° 99-19.464, *D.*, 2003, p. 2432, note Ferrier et Cass. Com., 19 novembre 2002, Sté Gilde Aurore c/ Mme Chazalet, n° 01-13.492, *JCP E*, 2003, n° 3, p. 23, note Mainguy, *LPA*, 2003, n° 146, p. 15, note Marot.

V. également en ce sens D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 690 ; P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 17 et M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, 2e éd., Sirey, 2012, 242 et s.

45 En pareil cas, c'est sans doute la prééminence du savoir-faire transmis qui permettra de trancher entre les deux qualifications. La méthode comporte toutefois ses limites. Ainsi, le réseau Häagen-Dazs est organisé sous forme de franchise, tandis que les réseaux de vente de véhicules neufs sont unanimement considérés comme des concessions. Doit-on estimer que le savoir-faire transmis pour la vente de glace est quantitativement et qualitativement plus important que celui communiqué dans le cadre de la vente, du suivi et de la réparation de véhicules ?

des contrats de franchise ; savoir les franchises de distribution pour lesquelles le franchiseur est également le producteur des produits distribués. Il ne peut en revanche exister aucune confusion entre une franchise industrielle ou de services et un réseau de concessionnaires. Au final, et dans une conception large de la franchise, il serait possible d'envisager le contrat de concession comme une forme particulière de franchise de distribution⁴⁶. Quoi qu'il en soit, et comme le remarque Maître François-Luc Simon, « *l'enjeu de la distinction est limité : ni la franchise, ni la concession, ne font l'objet d'une réglementation juridique spécifique. Par conséquent, quelle que soit la qualification adoptée, le droit commun s'applique* »⁴⁷.

17. De la même manière, la qualification de contrat de franchise n'est pas exclusive ni incompatible avec le mode d'organisation connu sous la dénomination de distribution sélective. En droit européen, la distribution sélective est considérée comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre des biens ou des services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés* »⁴⁸. Si l'on prend pour base cette définition, on ne peut nier que certains réseaux de franchise constituent également des réseaux de distribution sélective⁴⁹. Naturellement, il existe des réseaux de distribution sélective qui n'ont rien de commun avec un réseau de franchise, à l'instar par exemple du système de distribution de la parfumerie de luxe⁵⁰. Mêmement, beaucoup de réseaux de franchise ne peuvent être qualifiés de systèmes de distribution exclusive, le franchiseur

46 Sauf à considérer qu'il existe des contrats de concession où le concessionnaire ne reçoit absolument aucun savoir-faire, ni aucune formation ou assistance de la part du concédant. Il n'en existe cependant pas à notre connaissance. A l'inverse, le Professeur Philippe Le Tourneau avait pu suggérer de baptiser la franchise de « concession pour les services » (P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Concession exclusive – Validité au regard du droit de la concurrence », Fascicule n° 1030, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2010, n° 16).

47 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 26.

48 Règlement (CE) n° 2790/1999 de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

La définition est reprise mot pour mot par le Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation adopte toutefois une définition plus restrictive, puisqu'elle considère la distribution sélective comme le contrat « *par lequel, d'une part, le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiées, et par lequel, d'autre part, le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents* » (Cass. Crim., 3 novembre 1982, Lanvin, n° 82-90.522).

49 Tel sera par exemple le cas pour un contrat de franchise comportant une clause d'exclusivité. On peut ainsi considérer que des réseaux de franchise tels que Tryba, Häagen-Dazs, Jeff de Bruges ou Pralus cumulent cette qualification avec celle de réseaux de distribution sélective.

50 Si les distributeurs des parfums de luxe sont sélectionnés par les parfumeurs, ces derniers ne leur transmettent aucun savoir-faire et l'accord ne vise nullement la réitération de la réussite commerciale expérimentée par le parfumeur dans son secteur d'activité.

ne garantissant aucune exclusivité aux franchisés⁵¹. Aussi, là encore, si franchise et distribution sélective sont deux notions clairement distinctes, cette différenciation ne rend pas les notions exclusives l'une de l'autre. Ce lien est fortement renforcé par la définition de la distribution sélective retenue par les instances européennes qui laisse accroire que « *le contrat de franchise est une catégorie de contrat de distribution sélective* »⁵². Pour cette raison, les problématiques liées à la distribution sélective ne pourront être passées sous silence dans le cadre de cette étude, dans la mesure où elles sont susceptibles d'avoir une incidence sur de nombreux réseaux de franchise.

3. Différents types de franchises

18. Ainsi circonscrite, la notion de franchise n'en recoupe pas moins des réalités très diverses, si bien que le substantif de franchise se trouve très fréquemment affublé d'un qualificatif ou d'un complément, afin d'en préciser le sens. C'est ainsi que l'on distingue, sans que la liste puisse prétendre à une quelconque exhaustivité, les franchises de production, de distribution, de service, les franchises industrielles ou artisanales ; que la franchise participative est opposée à la franchise associative⁵³ ; tandis qu'existent encore les franchises de comptoir, master-franchises, franchises principales ou sous-franchises.

19. **Franchise de production, de distribution, de service et franchise industrielle.** Schématiquement toutefois, la plupart des auteurs⁵⁴ – suivant ce qui avait été initié par la CJCE dans l'arrêt Pronuptia⁵⁵ – proposent de distinguer trois types de franchises, en fonction de leur objet : la franchise de production où le franchiseur est également producteur des biens distribués, la franchise de distribution où le franchiseur sélectionne les produits fabriqués par d'autres et la franchise de service où, comme son nom l'indique, les franchisés proposent un service. Plus trivialement encore, on peut considérer que les chaînes de salons de coiffure (Jean-Louis David, Jacques Dessange, Saint-Algue), d'hôtellerie (Sofitel, Mercure, Formule 1), de restauration rapide (McDonald's, Quick, Pizza Hut) ou d'agences immobilières (Century 21, Guy Hoquet Immobilier, Laforêt Immobilier, Foncia) sont emblématiques de la troisième catégorie ; là où la deuxième peut être symbolisée par les grandes enseignes

51 C'est par exemple le cas de la grande distribution alimentaire où la tête de réseau se contente de sélectionner des produits, également distribués dans les réseaux concurrents.

52 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 27

53 Cette distinction sera développée infra n° 105 et s.

54 C'est notamment le cas du Professeur Cyril Grimaldi (C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, Litec, 2010). D'autres auteurs, à l'instar du Professeur Le Tourneau (P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007), du Professeur Marie Malaurie-Vignal (M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, 2e éd., Sirey, 2012) ou de Maître François-Luc Simon (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009) n'adoptent pas exactement cette classification, bien qu'on en retrouve les principaux éléments.

55 CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84.

de distribution alimentaire (Auchan, Carrefour, Casino) ; tandis que la franchise de production est incarnée principalement par des marques « haut de gamme » dans des secteurs aussi divers que l'alimentation (chocolats De Neuville, Jeff de Bruges, Pralus, glaces Häagen-Dazs) ou la Hi-fi (Bang & Olufsen). S'ajoute à cette trilogie la franchise industrielle, où le franchiseur, à l'instar de la célèbre firme Coca-Cola, accorde à un industriel local le droit de fabriquer et de commercialiser un produit qu'il a mis au point.

20. Au-delà de cette classification par l'objet du contrat de franchise d'autres critères permettent d'opérer un tri dans la diversité des contrats de franchise. Certaines franchises ne portent que sur un emplacement ou une partie du point de vente du franchisé (souvent un supermarché, ou un aéroport) : on parle alors de franchise de stand ou de comptoir, même si cette appellation ne recoupe qu'une réalité économique et non juridique⁵⁶. Enfin, les termes de master-franchise, franchise principale ou sous-franchise peuvent apparaître relativement trompeurs dans la mesure où ils ne concernent pas des formes particulières du contrat de franchise, mais des montages économiques le plus souvent destinés à développer un réseau à l'international. Aussi, d'un point de vue juridique, une master-franchise s'analyse soit en un contrat de courtage, soit en un contrat de mandat, le franchisé cumulant cette qualité avec celle d'intermédiaire ayant vocation à recruter d'autres franchisés⁵⁷. Le sous-franchiseur ou franchisé principal remplit un rôle économique similaire, bien qu'il ne se contente pas d'un rôle d'intermédiation avec le franchiseur, mais endosse personnellement ce rôle pour le secteur dont il a la charge⁵⁸.

4. Régime du contrat de franchise

21. **Contrat spécial ?** L'appellation de contrat de franchise renvoie donc à une notion relativement claire et identifiée. Peut-on toutefois en conclure que le contrat de franchise ait droit de cité dans la catégorie relativement restreinte des contrats spéciaux ? Formulée différemment, la question revient à se demander si, à la notion, correspond un régime légal précis et identifié⁵⁹ ? Sans doute la réponse doit-elle être négative, dans la mesure où il n'existe ni dans le Code civil, pas plus que dans le Code de commerce, ni même dans un texte législatif non codifié de corpus de règles spécifiques au contrat

56 En ce sens, v. notamment D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 682.

57 V. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, 2e éd., Sirey, 2012, n° 237.

58 V. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 714

59 Pour les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier, un contrat spécial est un contrat « spécialement organisé, soit par la loi, soit par les usages professionnels » (P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., L.G.D.J., 2012, n° 1). Professeurs Collart Dutilleul et Delebecque préfèrent le vocable de « droit spécial des contrats » ; « c'est-à-dire les dispositions propres à chaque contrat ou à chaque catégorie de contrat, indépendamment des règles générales applicables à l'ensemble des contrats et indépendamment des règles fixant la teneur de tel ou tel contrat individuel » (F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011, n° 2).

de franchise⁶⁰. Cette constatation n'implique pas que le contrat de franchise soit livré au non-droit, ni même régi par le seul droit commun des obligations. Il existe bel et bien des règles spéciales et particulières applicables au contrat de franchise, à l'instar par exemple du célèbre article L. 330-3 du Code de commerce⁶¹. Aucune cependant n'est exclusivement et directement confectionnée à destination exclusive du contrat de franchise : la qualification de contrat de franchise n'implique pas l'application de telle ou telle règle particulière. Ainsi, l'application de l'article L. 330-3 n'est-elle pas commandée par la qualification de contrat de franchise, mais par la réunion de certains critères particuliers qui ne sont pas propres à cette qualification. Il n'existe donc pas, pour reprendre la définition des Professeurs François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque de dispositions propres au contrat de franchise, indépendantes de règles applicables à d'autres contrats. À tout le moins, ces règles ne sont pas d'origine légale : on ne peut ignorer le volume impressionnant de textes de « soft law » tentant d'encadrer le contrat de franchise : outre le Code de déontologie de la Fédération française de la franchise, supplanté par le Code européen de déontologie de la franchise, il existe un Code d'éthique publié par l'International Franchise Association, un Guide du franchisage sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété industrielle, le Guide pour le franchisage international édité par Unidroit ou encore la norme AFNOR Z 20 000, publiée en 1987. Le nombre même de ces textes suffit cependant à en diminuer significativement la portée. Ces derniers sont inopérants à fonder un véritable régime du contrat de franchise, en l'absence de tout caractère contraignant et donc normatif.

22. Contrat nommé ? Si le contrat de franchise n'est donc pas un contrat spécial au sens strict du terme, mérite-t-il le qualificatif de contrat nommé ? La réponse ne peut être qu'une réponse de Normand. Assurément, le contrat de franchise a un nom et peut, à cet égard, être considéré comme un contrat nommé. Si l'on considère en

60 Un projet de loi allait cependant en ce sens, mais il n'a pas vu le jour et semble désormais abandonné (Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/leg/pjl11-012.pdf>). Le Chapitre 1^{er} du projet de loi visant à « instaurer plus de concurrence sectorielle au service des consommateurs dans divers secteurs de la consommation courante » se proposait de compléter le Livre III du Code de commerce par un Titre IV intitulé « Des réseaux de distribution alimentaire ».

61 Le texte précise que : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »

revanche qu'un contrat nommé est « un contrat prévu et réglementé par la loi »⁶², c'est-à-dire un contrat spécial, alors la réponse doit être négative. En définitive, si le contrat de franchise n'est pas un contrat spécial, il n'est pas non plus un contrat *sui generis*, ne répondant à aucune catégorie identifiée. Il se trouve dans une situation nécessairement inconfortable pour le juriste dans laquelle aucun régime précis ne concorde à une notion identifiée. En dépit de son absence de régime juridique clair, la notion ne peut toutefois être ignorée, à raison notamment de son importance économique majeure.

II. IMPORTANCE, INTÉRÊT ET IMPACT DES RÉSEAUX DE FRANCHISE SUR LA CONCURRENCE

23. Données chiffrées. Le contrat de franchise est en effet devenu un mode d'organisation majeur des réseaux de distribution. Les chiffres donnent rapidement le tour-nis. La Fédération française de la franchise recense ainsi, en France, pas moins de 65 000 franchisés en 2012⁶³, répartis en 1658 réseaux⁶⁴. Sur la même période, 89 nouveaux réseaux de franchise auraient été créés⁶⁵. Ces commerçants drainent un chiffre d'affaires de plus de 50 milliards d'euros⁶⁶, en hausse de près de 3 % par rapport à 2011⁶⁷ en dépit de la crise économique. Le chiffre d'affaires des commerces franchisés représente ainsi plus de 2 % du produit intérieur brut national.

24. Le contrat de franchise, « enfant terrible » du droit. La doctrine économique explique l'engouement suscité par la formule de la franchise par deux séries d'arguments distincts. La franchise aurait avant tout un intérêt financier pour le franchiseur, lui évitant ainsi d'avoir à financer l'intégralité de son réseau par le biais de succursales. En effet, grâce au recours à la franchise, la diffusion des produits ou services proposés par le franchiseur s'effectue par le biais de l'investissement des franchisés⁶⁸. Les économistes attribuent également le succès de la franchise à un argument plus psychologique, tenant au mécanisme d'autodiscipline engendré par cette formule contractuelle, qui réduirait ainsi le « besoin de supervision ». Les franchisés, au contraire d'autres formes d'affiliation, seraient directement motivés par leur intérêt patrimonial au succès de l'opération, ce qui réduirait leur propension à tricher, le risque de comportements

62 V. en ce sens, P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., L.G.D.J., 2012, n° 3. Pour de plus amples développements sur la question, D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat inommé*, Thèse : Lyon, 1982.

63 L'étude, réalisée par la Fédération française de la franchise et le cabinet Diagnostic & Systems est disponible en ligne : <http://www.franchise-fff.com/franchise/chiffres-cles/les-chiffres-cles-en-france.html>.

64 Ibid.

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Ibid.

68 A. R. Oxenfeldt, « Franchising in perspective », *Journal of Retailing*, 1968, no 44.

opportunistes, et corrélativement le besoin de contrôle⁶⁹. Ces relations de confiance informelles éviteraient la perte de productivité inhérente à tout mode d'organisation vertical où les « subordonnés » sont incités à faire moins dans la mesure où ils ne retirent qu'une fraction du profit dû à tout effort supplémentaire et ne subissent, à l'inverse, qu'une partie des conséquences négatives en cas de diminution des ressources globales⁷⁰. Utile, efficace et efficient, le contrat de franchise l'est assurément ; en dépit de son jeune âge, il en a donné des gages plus que probants. Cependant, paraphrasant la formule utilisée par Denis Mazeaud en clôture d'un colloque consacré à cette figure contractuelle, on pourrait affirmer que le contrat de franchise, enfant chéri des économistes est également l'enfant terrible de la famille des juristes⁷¹.

25. Enfant tyrannique. L'enfant terrible est d'abord un enfant tyrannique. Le contrat de franchise est, avant tout, un contrat d'adhésion, un contrat de domination, un contrat de dépendance⁷², où il existe une partie forte, le franchiseur, et une partie faible, le franchisé. Et selon la célèbre formule, on peut légitimement craindre que, sans l'intervention salvatrice du droit, le fort n'asservisse le faible. Comme le remarque Denis Mazeaud, l'étude du contrat de franchise permet, si besoin était, de se convaincre que le droit social ou le droit de la consommation n'ont pas le monopole des phénomènes d'abus, de déséquilibre de pouvoirs ou de rapports de force⁷³. Cependant, s'il existe, pour pallier ces risques, un volumineux Code du travail ainsi qu'un Code de la consommation, il n'existe nullement de Code de la franchise, ni même peut-être de véritable droit de la franchise⁷⁴. Le Professeur Louis Vogel souligne qu'« *eu égard à l'indépendance des franchisés, certaines clauses figurant dans les contrats de franchise peuvent apparaître comme des restrictions de concurrence condamnables* »⁷⁵. Il en va ainsi des clauses permettant au franchiseur d'avoir la mainmise sur la politique tarifaire des franchisés, de stipulations par lesquelles les franchisés s'engagent à ne pas distribuer des produits concurrents à ceux objet de la franchise ou encore des clauses de non-concurrence et autres clauses d'approvisionnement exclusif. L'indépendance des franchisés est, pour le franchiseur, un véritable levier économique qui lui permet, en somme, de se développer sans investir. Il est toutefois à craindre que le franchiseur ne souhaite utiliser ce formidable effet de levier, tout en minimisant les inconvénients

69 C. Alix Desfautaux, « Le choix de la franchise », *Revue française de gestion*, 1998, no 118, p. 59 et s. V. également C. Alix Desfautaux, *Le choix de la franchise en tant que mode de développement de l'entreprise*, Thèse : Caen, 1992.

70 Olson, « La théorie des transactions informelles, une synthèse », *Economie et société, série Sciences de Gestion*, no 15, p. 43.

71 D. Mazeaud, « Rapport de synthèse », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 56 et s.

72 Sur cette question, v. principalement, G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986.

73 D. Mazeaud, « Rapport de synthèse », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 56 et s.

74 Sur ce point v. nos développements introductifs, n° 21 et s.

75 L. Vogel, *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, Ed. Panthéon-Assas, 2011, n° 4.

qu'il peut générer. La tentation est grande de créer des franchisés économiquement indépendants, mais juridiquement asservis.

26. Enfant destructeur. L'enfant terrible est encore un enfant destructeur, un prédateur redoutable, potentiellement nuisible à l'équilibre concurrentiel. La conclusion d'un contrat de franchise est un mécanisme d'exclusion des autres concurrents au profit du franchisé qui va bénéficier d'un monopole sur un savoir-faire, un produit ou un service, et sur des informations privilégiées. Ce faisant, le franchisé et plus largement le réseau, disposent d'un avantage concurrentiel sur les autres opérateurs⁷⁶. Dans certains secteurs, à l'instar de la grande distribution, cet avantage est tel qu'il devient presque impossible d'exercer une quelconque activité rentable sans l'affiliation à un réseau⁷⁷. Se pose alors non seulement la question de l'accès à la ressource que constitue le réseau, mais également celle de la survie des concurrents potentiels du réseau. Le contrat de franchise est également un contrat induisant un évident effet de concentration. C'est, ce que l'on a coutume de nommer l'« effet cumulatif »⁷⁸ du réseau, qui résulte de l'existence simultanée d'un grand nombre de contrats du même type. Cet effet cumulatif est de nature à entraver l'accès au marché des concurrents. Ainsi que le remarque le Professeur Marie Malaurie-Vignal, « *ce n'est pas la puissance économique de l'entreprise qui a institué le réseau qui confère à la restriction de concurrence son effet sensible, mais la concentration sur le même marché de réseaux identiques* »⁷⁹. À ce titre, il peut faire craindre un dérèglement de la concurrence par la création d'entités possédant un pouvoir de marché trop important. L'antienne est bien connue : la grande distribution est entrain de tuer le commerce de proximité, affirmait-on dans les années 1990 et au début des années 2000⁸⁰. Le phénomène est particulièrement prégnant dans la grande distribution alimentaire, mais pourrait être généralisé à la quasi-totalité des secteurs économiques : les restaurateurs peinent à lutter contre les grandes chaînes, les grandes enseignes en matière d'hôtellerie gagnent chaque jour du terrain, les salons de coif-

76 C'est d'ailleurs sans doute là que réside la cause juridique de l'opération et, à tout le moins, son intérêt économique.

77 En ce sens, Cass. Com., 18 décembre 2012, Sté Carrefour proximité France c/ B., n° 11-27.068, JurisData n° 2012-030108, *JCP E*, 2013, 1037, note Dissaux, *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 53, note Malaurie-Vignal. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Rouen qui estimait que : « *l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale ou régionale* » si bien que l'« *interdiction de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres, mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce* ».

78 Sur la notion d'effet cumulatif, v. CJCE, 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht c/ Cts Wilkin-Janssen, n° 23/67 et CJCE, 28 février 1991, Delimitis, n° C-234/88. V. également D. Ferrier, « Les effets cumulatifs de réseaux au regard des restrictions verticales de concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1999, no 5, p. 7 et s.

79 M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5e éd., Sirey, 2011, n° 447.

80 Avec le recul, il semblerait plus exact d'affirmer qu'elle l'a phagocyté : après avoir fait disparaître les commerces traditionnels, la grande distribution se lance aujourd'hui dans une véritable reconquête des centres-ville, nouveaux enjeux de la concurrence entre grands réseaux.

ture, centres de lavage automobile, agences immobilières, agences de voyages sont, pour l'essentiel, regroupés autour de réseaux. Face aux poids lourds économiques que constituent ces derniers, l'inquiétude n'est pas l'apanage de leurs concurrents : leurs partenaires commerciaux et fournisseurs expérimentent ce que peut signifier négociation lorsqu'elle rime avec domination. Peu de problématiques juridiques ont reçu un tel écho dans les médias généralistes que la problématique des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs.

27. Effets proconcurrentiels. Enfant tyranique envers les membres de son foyer et destructeur à l'extérieur : la franchise est-elle à bannir définitivement ? Assurément pas, car, ainsi que le remarquent certains auteurs, ce type de contrat a également des effets proconcurrentiels : « *la mise en œuvre d'un savoir-faire commercial transform[e] le franchisé en meilleur compétiteur sur le marché* »⁸¹. La grande distribution peut, ici encore, permettre une première approche et une synthèse quelque peu triviale du mécanisme : le succès des grandes enseignes de distribution alimentaire tient principalement au fait qu'elles ont, au moins dans un premier temps, réussi, de façon spectaculaire à faire baisser les prix des denrées. Sans doute leur modèle économique est-il plus « efficace » que celui du secteur traditionnel et la lutte entre grandes enseignes d'envergure nationale voire internationale, plus féroce qu'entre épicerie de quartier. Ces effets proconcurrentiels du contrat de franchise sont exposés avec force dans les premiers considérants du règlement du 30 novembre 1988 : « *les accords de franchise [...] améliorent normalement la distribution de produits et/ou la prestation de services, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité d'établir un réseau uniforme avec des investissements limités, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas de petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques ; ils permettent aussi à des commerçants indépendants d'installer des établissements plus rapidement et avec de meilleures chances de succès que s'ils avaient dû le faire sans l'expérience ni l'assistance du franchiseur ; ils ont ainsi la possibilité de concurrencer plus efficacement de grandes entreprises de distribution* »⁸². Le règlement insiste encore sur l'effet bénéfique de tels contrats pour le consommateur : « *les accords de franchise réservent également aux consommateurs et aux autres utilisateurs finals une part équitable du bénéfice qui en résulte, du fait qu'ils combinent les avantages d'un réseau uniforme avec l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise ; le caractère homogène du réseau et la coopération constante entre le franchiseur et les franchisés assurent une qualité constante des produits et des services ; l'effet favorable de la franchise sur la concurrence entre marques et le fait que les consommateurs soient libres de traiter avec tout franchisé dans le réseau garantissent qu'une part raisonnable des bénéfices résultant de l'accord iront aux consommateurs* »⁸³.

81 En ce sens, D. Ferrier, « La distribution sélective dans le cadre du nouveau Règlement n° 330-2010 », *JCP E*, 2011, no 3, 1029.

82 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise, considérant 7.

83 Ibid., considérant 8.

28. La tension existant entre contrat de franchise et droit de la concurrence est donc évidente. Gladiateur surentraîné, voire dopé, le réseau de franchise peut tout à la fois faire redouter une absence de combat par capitulation ou écrasement des concurrents, comme il peut faire espérer la meilleure des luttes, pour peu qu'il trouve un adversaire à sa taille et – ajoutera-t-on – un arbitre capable de préserver la loyauté du combat. Filant la métaphore, c'est donc à cet arbitre, incarné par le droit de la concurrence, qu'il convient désormais de s'intéresser. Autant le préciser d'emblée, les difficultés rencontrées pour cerner la notion de contrat de franchise se retrouvent dans la définition de ce qu'il faut entendre par droit de la concurrence. À cet égard, il semble que deux grandes écoles de pensée puissent être distinguées.

29. **Conception étroite.** La première tend à avoir une conception relativement étroite de ce qu'il faut entendre par droit de la concurrence. Ainsi, les Professeurs André et Georges Decocq fixent-ils les limites de la notion aux « règles de concurrence, c'est-à-dire [à] celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché »⁸⁴, dont la « finalité est, par suite, l'intérêt général ; elles n'assurent la protection d'intérêts particuliers que comme un moyen de maintien de la libre concurrence »⁸⁵. De la sorte, le droit de la concurrence peut être appréhendé comme « l'ensemble des règles ayant pour objet d'assurer la régulation du marché »⁸⁶, « contrôlant la façon dont un opérateur s'y prend pour capter la clientèle des autres : contrôle des ententes et des abus de domination »⁸⁷. Le droit de la concurrence est donc assimilé au droit « antitrust », au droit de la police des marchés. Sont donc exclues du champ de l'étude « les règles de droit dont l'objet exclusif ou essentiel est de protéger de tels intérêts en préservant la position légitimement acquise sur un marché par une entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droits intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale »⁸⁸.

30. **Conception large.** D'autres auteurs ont au contraire une vision beaucoup plus large du droit de la concurrence. Le Professeur Marie Malaurie-Vignal considère pour sa part que l'étude du droit de la concurrence doit tout autant embrasser celle du « petit droit de la concurrence » que celle du « grand droit de la concurrence »⁸⁹. Au-delà du droit antitrust, il convient dès lors d'inclure dans le champ du droit de la concurrence les pratiques restrictives de concurrence, traitées dans le Livre IV du Code de commerce, ainsi que les règles issues du droit des obligations régissant tant la concurrence déloyale que les clauses de non-concurrence⁹⁰. Cette conception large du droit de la concurrence est notamment défendue par le Professeur Antoine Piro-

84 A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5e éd., L.G.D.J., 2012, n° 1.

85 Ibid.

86 D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 18

87 Ibid.

88 A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5e éd., L.G.D.J., 2012, n° 1.

89 M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5e éd., Sirey, 2011, présentation de l'éditeur.

90 En ce sens, v. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 18.

vano⁹¹, le Professeur Jacques Azéma⁹² ou encore le Professeur Serra qui estimait « *vain de vouloir opposer les règles destinées à assurer la régulation du marché et le maintien de la concurrence – le droit antitrust, le ‘grand droit de la concurrence’ – aux dispositions qui auraient pour effet de protéger les concurrents et dont relèverait l’obligation de non-concurrence [et les règles de la concurrence déloyale]* »⁹³.

31. Sans avoir aucunement la prétention de trancher un débat sans doute insoluble et qui, en tout état de cause, dépasse très largement le cadre de la présente étude, il convient de préciser que celle-ci s’inscrit très nettement dans le cadre de la seconde de ces deux approches. Nos recherches ayant pour objectif de confronter le droit de la concurrence au contrat particulier et singulier qu’est le contrat de franchise, il convenait d’y intégrer tous les mécanismes du droit de la concurrence susceptibles d’avoir une influence sur le contenu du contrat ou sur le comportement des cocontractants. Or, de ce point de vue, exclure les règles relatives à la clause de non-concurrence, à la concurrence déloyale ou aux pratiques restrictives de concurrence serait revenu à priver notre réflexion de son principal matériau. C’est en effet la dimension « constructiviste » du droit de la concurrence que nous avons choisi d’interroger : ainsi que le remarque Laurence Boy, « *en participant à la réécriture des contrats, [le juge de la concurrence] ne se contente pas de contrôler le jeu de la concurrence, [il] édifie cette dernière* »⁹⁴. L’auteur remarque que le droit de la concurrence « *dispose de ‘procédés’ pour construire les marchés beaucoup plus performants que ne l’est le droit des obligations dont c’est en principe le rôle* »⁹⁵.

32. Problématique. Notre étude vise donc à questionner l’influence du droit de la concurrence sur le contrat de franchise. Ainsi que le note le Professeur Louis Vogel, le droit de la concurrence fait parfois, aussi, office de droit de la distribution : il constitue un modèle en fonction duquel les réseaux de franchise se structurent⁹⁶. Il convient donc de se demander si cette emprise du droit de la concurrence sur le réseau est susceptible d’avoir une influence satisfaisante. De quelle manière les règles issues du droit de la concurrence sont-elles susceptibles de modifier l’organisation d’un réseau de franchise et le comportement de ses membres ? Quelle empreinte l’ordre public économique est-il susceptible de laisser sur le phénomène essentiellement contractuel que constitue le réseau ? La réponse à ces interrogations est susceptible de contribuer

91 A. Priovano, *Les transformations de l’ordre privé économique, l’exemple des réseaux de distribution sélective*, in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Frison-Roche, 1999. Dans le même sens, v. L. Boy, « Réflexions sur « le droit de la régulation » », *D.*, 2001, p. 3031 et s.

92 J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, 2e éd., P.U.F., 1989

93 Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations, les fondements et le régime de l’obligation de non-concurrence », *RTD com.*, 1998, p. 7.

94 L. Boy, « Réflexions sur « le droit de la régulation » », *D.*, 2001, p. 3031 et s.

95 Ibid.

96 L. Vogel et J. Vogel, « Distribution et droit de la concurrence – Avant-propos », *JCP E*, 2012, 1180. V. également J.-B. Blaise, « Comment configurer un réseau de distribution aujourd’hui », *JCP E*, 2012, 1181.

à l'étude du droit de la concurrence comme un nouvel instrument de régulation des relations contractuelles⁹⁷.

33. Vieux sujet ? Une autre approche eût parfaitement été possible : plutôt que d'interroger l'influence du droit de la concurrence sur le contrat de franchise, il eût été possible d'inverser l'analyse et d'étudier l'influence du contrat de franchise sur la concurrence. Une telle formulation conduit cependant à évincer de la problématique une notion fondamentale : le droit. En effet, sonder l'impact du contrat de franchise ou des réseaux de franchise sur la structure de la concurrence relève davantage de l'analyse économique – le fameux « bilan économique » – que de la réflexion juridique. À l'inverse, l'influence du droit de la concurrence sur le(s) contrat(s) demeure un sujet des plus juridiques ; « un vieux sujet »⁹⁸ ont même écrit certains. Il est vrai que nombreux sont les écrits juridiques associant le couple contrat et concurrence⁹⁹. Leur liaison est ancienne, voire évidente : les échanges entre opérateurs économiques se font par le biais de contrats ; les mêmes contrats étant susceptibles de modifier l'organisation de la concurrence entre les entreprises. Comme l'écrit Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, « à l'inverse de l'économie administrée, le marché concurrentiel suppose d'une part la propriété privée, d'autre part la circulation des biens grâce à l'échange de ceux-ci contre un équivalent monétaire, par le biais d'un contrat obligatoire entre l'offreur

97 Sur cette approche, v. notamment M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, no 3, p. 451, n° 23 et s.

98 Ibid., n° 1.

99 Sans que la liste ne soit exhaustive : O.-M. Boudou, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, Thèse : Paris II, 2001 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse : Paris I, Dalloz, 2004 ; N. Decoopman, « Droit du marché et droit des obligations », in Travaux de l'association Henri Capitant, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, 1996 ; F. Dreifuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, p. 369 ; Y. Guyon, « Droit du marché et droit commun des obligations, rapport de synthèse », *RTD com.*, 1998, p. 121 ; L. Idot, « La protection par le droit de la concurrence », in Christophe Jamin et Denis Mazeaud, *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998 ; M.-L. Izorche, « Droit du marché et droit commun des obligations, les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.*, 1998, p. 17 ; C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Etudes offertes à J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001 ; M. Malaurie-Vignal, « Droit civil des contrats et droit de la concurrence à l'aube de l'an 2000 », *Cont. conc. consom.*, 2000, no 1 ; M. Malaurie-Vignal, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.*, 1995, p. 51 ; M. Malaurie-Vignal, « Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents », *Cont. conc. consom.*, 2003, no 3 ; J. Mestre et B. Fages, « Droit du marché et droit commun des obligations, l'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.*, 1998, p. 71 ; B. Montels, « La violence économique, illustration du contrat entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, 2002, p. 417 ; B. Oppetit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ; G. Parléani, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, in Aspects actuels du droit des affaires », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003 ; Y. Picod, « Droit du marché et droit commun des obligations, rapport introductif », *RTD com.*, 1998, p. 1 ; G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges Gény*, 1934 ; J. Rochefeld, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.*, 2001, p. 671 ; Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations, les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.*, 1998, p. 7 ; L. Vogel, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Concurrence et consommation*, 2000, p. 7 et s.

et le demandeur. Ainsi il ne peut y avoir de marché concurrentiel sans contrat, sans doute parce qu'on ne peut avoir d'ordre marchand sans contrat et que le marché concurrentiel n'est qu'une forme ultérieure de l'ordre marchand »¹⁰⁰. Concurrence et contrat serait donc un vieux couple et un couple convenu : pas de quoi susciter l'enthousiasme.

34. Problème insoluble ? Toutefois, à dire vrai, ceux-là mêmes qui relèvent l'ancienneté du sujet constatent que celle-ci « *n'a pas pour autant aplani toutes les difficultés* »¹⁰¹. À l'évidence, contrats et droit de la concurrence ne cessent de se confronter : cette confrontation est d'autant plus intense s'agissant du contrat de franchise, véritable concentré des difficultés qui peuvent se poser en la matière. En effet, qui mieux que le contrat de franchise, organisant le regroupement de centaines de commerçants indépendants autour de la tête de réseau est susceptible de favoriser une concentration d'entreprises ? La conclusion de tels contrats, visant à la mise en commun de certains moyens, à l'organisation d'une politique commerciale commune et à une harmonisation des méthodes de vente, le tout entre commerçants indépendants n'est-elle pas constitutive d'une entente ? Le réseau de franchise n'est-il pas un terrain particulièrement fertile aux abus de domination, abus de dépendance et autres pratiques restrictives de concurrence ? L'ensemble de ces interrogations reste pour partie en suspens.

35. Précédents travaux. Car, si le couple contrat et concurrence est éprouvé, celui formé entre contrat de franchise et droit de la concurrence est plus novateur. Il n'est pas totalement inédit : la plupart des ouvrages traitant du contrat de franchise consacrent naturellement un chapitre au droit de la concurrence¹⁰². Le Professeur Louis Vogel a par ailleurs dirigé un stimulant ouvrage de droit comparé intitulé *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*¹⁰³ récemment publié aux éditions Panthéon-Assas ; lequel apporte un éclairage sur les clauses interdites, les clauses licites et les clauses licites sous conditions au regard du droit de la concurrence sous le prisme du droit des États-Unis, de l'Union européenne, de la France, de l'Allemagne et de l'Italie. Enfin, une thèse dirigée par le Professeur Jacqueline Amiel-Donat a été soutenue en 2011 sur le thème « *Franchise et concurrence : la protection du franchiseur face à la concurrence de son ancien franchisé* »¹⁰⁴. L'auteur de cette étude limite toutefois ses investigations aux questions relatives à la clause de non-concurrence post-contractuelle

100 M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, no 3, p. 451, n° 7. Dans le même sens, v. M.-A. Frison-Roche, « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Frison-Roche, 2003.

101 M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, no 3, p. 451, n° 1.

102 C'est notamment le cas des ouvrages des Professeurs Le Tourneau (P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007) et Grimaldi (C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, Litec, 2010), ainsi que de ceux du bâtonnier Leloup (J.-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, 4e éd., Delmas, 2004) et de Maître François-Luc Simon (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009).

103 L. Vogel, *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, Ed. Panthéon-Assas, 2011.

104 A. Calvet, *Franchise et concurrence : la protection du franchiseur face à la concurrence de son ancien franchisé*, Thèse : Perpignan, 2011.

imposée par le franchiseur à l'ancien franchisé, ce qui constitue donc un champ d'étude plus précis que celui assigné à notre travail. Au final, en dépit de l'importance du sujet, aucun ouvrage n'a réellement tenté la confrontation globale de l'ensemble du droit de la concurrence, entendu dans son acception large, avec le contrat de franchise. Bien au contraire, l'œuvre doctrinale en la matière semble davantage obéir à la méthode des coups de projecteurs, dont l'orientation est souvent dictée par l'actualité jurisprudentielle. Ainsi, le débat quant au sort de la clientèle du franchisé a été au centre de toutes les attentions à la fin des années 1990 et au début des années 2000¹⁰⁵. Le débat s'est progressivement déplacé sur le terrain du régime des clauses de non-concurrence, pour atteindre son paroxysme en 2007 avec le fameux arrêt société Eté c/ SFR¹⁰⁶. On sent aujourd'hui la doctrine particulièrement attentive à des mécanismes plus complexes et sournois, à l'instar de la franchise participative¹⁰⁷. On peut en revanche regretter

- 105 V. notamment, G. Amédée-Manesme, « Franchise et propriété commerciale : quand le contrat de franchise tient la clientèle du réseau en l'état », *Gaz. Pal.*, 1996, 3, doct., p. 1394 ; F. Auque, « Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *JCP E*, 2002, 1252 ; D. Baschet, « La franchise est en deuil ! Franchise et propriété commerciale », *RJ com.*, 1996, p. 327 ; D. Baschet, « La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou... la franchise est en danger de mort », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1256 et s ; H. Bensoussan, « La clientèle « au » franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.*, 2001, p. 2498 ; J.-P. Blatter, « Franchise et propriété commerciale », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *AJDI*, 2002, p. 376 ; B. Boccara, « Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1021 et s ; A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983 ; J.-J. Burst, « Eléments de ralliement de la clientèle et franchise », *Cah. dr. entr.*, 1988, no 2, p. 21 et s ; J.-J. Burst et D. Ferrier, « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1983, no 1, p. 21 et s ; E. Chevrier, « Le franchisé a la propriété commerciale du fonds exploité », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *D.*, 2002, p. 1487 ; P. de Belot, « Un franchisé a-t-il le droit à la propriété commerciale ? », *Administrer*, 1991, no 3, p. 2 et s ; P. de Belot, note sous T.G.I. Evry, 9 décembre 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, Jur., p. 207 ; P. de Belot, note sous T.G.I. Paris, 24 novembre 1992, *Gaz. Pal.*, 1994, Jur., p. 203 ; J. Derrupé, « Fonds de commerce et clientèle », in *Etudes dédiées à A. Jauffret*, 1974 ; J. Derrupé, « Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ? », *AJPI*, 1997, p. 1002 et s ; R. Fabre, « La clientèle dans la franchise », *JCP E*, 1996, no 3, *Cah. dr. entr.*, p. 17 et s ; D. Ferrier, « Le franchisé bénéficie de la propriété commerciale dès lors que le franchiseur lui reconnaît le droit d'en disposer », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *D.*, 2002, p. 3006 ; L. Godon, « Renaissance de la propriété commerciale au profit du franchisé », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 132132, p. 67 ; H. Kenfack, « Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *D.*, 2002, p. 2400 ; Y. Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 2525, p. 3 ; J. Monéger, « La clientèle du franchisé », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *RTD com.*, 2003 ; Sabirau-Perez, « Le rôle de la clientèle dans le fonds de commerce », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., p. 1313 et s ; B. Saintourens, « La reconnaissance par la Cour de cassation de l'existence d'une clientèle propre du franchisé, élément de son fonds de commerce », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *RTD com.*, 2002, p. 457.
- 106 Cass. Com., 9 octobre 2007, Sté ETE c/ Sté SFR, n° 05-14.118, JurisData n° 2007-040801, *RDC*, 2008, n° 2, p. 410, note Behar-Touchais, *JCP G*, 2007, II, p. 10211, note Dissaux, *RTD civ.*, 2008, p. 300, obs. Fages, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40, note Ferré et Deberdt, *D.*, 2008, p. 388, note Ferrier, *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119, note Gautier, *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355, note Kenfack, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6, note Mainguy et Depincé, *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298, note Malaurie-Vignal, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42, note Stoffel-Munck.
- 107 Sur cette question, M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s ; B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise

qu'aucune tentative de synthèse, voire d'ébauche d'un régime commun et cohérent à ces différentes problématiques n'ait été entreprise. C'est tout le sens notre étude.

36. Ampleur du sujet – Limites de l'étude. La tâche est cependant particulièrement ardue au regard de l'ampleur du sujet et de la diversité des règles applicables. N'est-il en effet pas vain d'espérer trouver un point commun entre le raisonnement mené par la Commission européenne statuant sur un projet de fusion entre deux réseaux de franchise d'envergure internationale et le juge de tel tribunal de commerce réglant un litige de concurrence déloyale entre un ancien franchisé et le réseau auquel il appartenait ? Les enjeux ne sont pas les mêmes, le niveau de décision est inégal, les textes applicables sont non seulement différents, mais participent encore de conceptions distinctes de l'office du juge voire du rôle du droit : bref, un monde sépare ces deux univers. Pourtant, cette véritable atomisation du juge et du droit de la concurrence a pour corollaire l'étroitesse de la cible que constitue le contrat de franchise : les règles les plus diverses vont, in fine, se rencontrer, être confrontées, et devoir être conciliées dans la rédaction et l'exécution du contrat ainsi, plus largement, que dans la vie du réseau. S'enquérir de leur cohérence apparaît ainsi légitime, voire primordial.

37. Plan de l'étude. Le réseau de franchise focalisant donc l'ensemble des règles du droit de la concurrence, il était naturel de bâtir l'articulation de notre réflexion autour de cette entité. Si l'on considère le réseau de franchise comme sujet à la concurrence, Martine Behar-Touchais résume de façon limpide la situation : « *il y a des atteintes internes qui sont autant de pathologies du réseau et des atteintes externes dues à l'envie que suscite le réseau* »¹⁰⁸. À l'inverse, si l'on prend en compte le réseau comme un acteur de la concurrence, on peut schématiquement considérer que la conclusion de contrats de franchise a pour conséquence immédiate de réduire la concurrence interne, entre les parties au contrat et plus largement entre les membres du réseau, tandis qu'elle l'accroît vis-à-vis des tiers. En somme, le réseau de franchise peut apparaître comme une bulle : la concurrence y est plus faible à l'intérieur, mais plus intense à l'extérieur.

38. Pour ces raisons, il est apparu opportun de s'attacher, dans un premier temps, à étudier l'influence du droit de la concurrence dans les rapports internes au réseau, c'est-à-dire entre les parties au(x) contrat(s) de franchise. Cette approche devrait permettre de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse de départ selon laquelle le droit de la concurrence tend, dans les rapports intraréseau à juguler l'effet de ce dernier, afin d'éviter une annihilation totale de la concurrence. À l'inverse, le second temps de l'étude sera consacré à l'examen de l'appréhension par le droit de la concurrence des relations

participative », *JCP E*, 2012, 1671 ; P. Le Cannu et B. Dondero, « La compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour autoriser la résiliation d'un contrat d'enseigne », note sous C.A. Orléans, 17 février 2011, *RTD com.*, 2011, 44, p. 764 ; D. Mainguy, note sous Cass. Com., 30 mai 2012, *JCP E*, 2013, 1515, p. 38.

Pour de plus amples développements, v. n° 105 et s.

108 M. Behar-Touchais, « La protection du réseau de distribution », in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996, n° 2.

entre le réseau et les tiers, que ces derniers soient concurrents ou partenaires commerciaux. Les caractéristiques particulières du réseau de franchise qui, s'il est un opérateur économique, n'en est pas forcément un sujet de droit, laissent présager des difficultés que pose sa perception par le droit de la concurrence.

Partie I – L'encadrement vigilant des relations entre les parties au contrat de franchise

Partie II – La régulation lacunaire des relations avec les tiers au contrat de franchise



PARTIE I

**L'ENCADREMENT VIGILANT
DES RELATIONS
ENTRE LES PARTIES
AU CONTRAT
DE FRANCHISE**

39. Suspicion du droit de la concurrence quant à l'impact du contrat de franchise sur les relations entre les parties. Prudence, vigilance, méfiance, voire défiance : tels sont les maîtres mots s'agissant de l'appréhension des relations entre les parties au contrat de franchise par le droit de la concurrence. Figure contractuelle inégalitaire par nature, induisant par hypothèse d'importants regroupements d'entreprises, le contrat de franchise est un terrain particulièrement fertile pour les atteintes à la concurrence. Les premières interventions législatives ont ainsi été portées par le souci de défendre la partie économiquement faible et d'encadrer la liberté contractuelle du franchiseur¹⁰⁹. À l'instar du *Sherman Act* de 1890 aux États-Unis, le droit de la concurrence se mue ainsi en un droit protecteur des concurrents¹¹⁰, au premier rang desquels le franchisé. L'empreinte du droit de la concurrence sur le contrat lui-même est donc particulièrement prégnante, celui-ci faisant figure – à l'instar du droit de la consommation dans d'autres situations – de droit spécial des obligations¹¹¹. Il s'agit, en somme, principalement de protéger la partie faible du contrat, ou à tout le moins de ses excès. C'est donc tout naturellement que l'étude de l'encadrement des relations entre les parties au contrat de franchise par le droit de la concurrence suivra la chronologie de

109 En ce sens, v. notamment P. Demaret, « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », *JCP E*, 1986, 14816 et G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986.

110 D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.

111 N. Decoopman, « Droit du marché et droit des obligations », in Capitant, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, 1996.

la vie du contrat lui-même. Pendant l'exécution du contrat, le droit de la concurrence s'assigne pour finalité principale, voire unique, de préserver les intérêts du franchisé dont on craint qu'il ne soit écrasé par le joug du franchiseur. En revanche, l'émancipation du franchisé par la fin du contrat laisse place à une situation plus contrastée, où chacun des anciens partenaires dispose d'une capacité de nuisance assez importante envers l'autre. Au lieu de rééquilibrer, le droit de la concurrence tente alors de tempérer les éventuels excès. En définitive, durant l'exécution du contrat, craignant que la domination du franchiseur annihile toute concurrence au sein du réseau, le droit de la concurrence tente d'insuffler un certain élan concurrentiel (**Titre I**). À l'inverse, le droit de la concurrence s'efforce de prévenir tout excès de concurrence à la cessation de ces relations contractuelles (**Titre II**).



TITRE I

LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE PENDANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT

40. Le contrat de franchise comme atteinte potentielle à la liberté du commerce. En tant que regroupement de concurrents potentiels, il est indéniable que le contrat de franchise porte en lui les germes d'une atteinte majeure à la concurrence. Il engendre un effet d'uniformisation et un effet de masse, qui ne peuvent a priori qu'être regardés avec une grande méfiance par le droit de la concurrence. Afin de ne pas anéantir toute concurrence au sein du réseau, il convient par conséquent que chaque franchisé puisse se comporter comme une entité économique propre et que le contrat de franchise n'implique pas une totale soumission au franchiseur. Le recours au mécanisme de la franchise permet un important effet de levier, le franchiseur pouvant développer rapidement un important réseau, tout en ne recourant qu'à des investissements forts modestes. Ce sont en effet les franchisés, commerçants indépendants, qui réaliseront ces investissements qui – s'il avait opté pour un réseau de succursales classique – auraient très largement grevé le budget du franchiseur. D'un point de vue strictement comptable et économique, la franchise agit donc comme un véritable catalyseur et profite très largement à l'entreprise du franchiseur. Ces effets bénéfiques ne sont toutefois possibles qu'à raison d'un postulat : l'autonomie économique des franchisés. Reste toutefois à ce que celle-ci soit également traduite sur le plan juridique.

41. En tant que commerçants indépendants, les franchisés bénéficient du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, largement connu et rappelé par les normes

les plus diverses¹¹². Or, la liberté du commerce et de l'industrie est traditionnellement présentée comme la fédération de principes à caractère économique, parmi lesquels on trouve notamment la liberté d'entreprendre, la liberté de gestion et la liberté contractuelle¹¹³. Le principe de la liberté du commerce et celui de la libre concurrence impliquent donc que le franchisé bénéficie d'une réelle liberté dans la création et la mise en œuvre de son entreprise. Il convient de s'assurer que le contrat de franchise n'apporte pas de restrictions intolérables à ces libertés. Il est couramment admis qu'un contrat ne saurait en principe apporter de restrictions à une liberté fondamentale, sous réserve du contrôle de la légitimité de l'atteinte¹¹⁴. C'est ainsi au droit de la concurrence que revient la tâche de contrôler les atteintes potentielles aux libertés d'entreprendre et de gestion que porte en germe le contrat de franchise. Concurrence rime donc en l'espèce avec indépendance du franchisé.

42. Deux mécanismes, principalement issus de deux grandes branches du droit de la concurrence vont assurer cette indépendance. Il est ainsi possible de distinguer un corpus de règles relativement homogène qui vise à sauvegarder l'autonomie du franchisé, c'est-à-dire à s'assurer que celui qui est présenté comme un commerçant indépendant jouit effectivement en pratique d'une réelle liberté dans la gestion de son commerce. Ainsi, l'indépendance du franchisé est sauvegardée, principalement par l'application du droit des concentrations et des pratiques restrictives de concurrence (**Chapitre 1**). D'autre part, de manière connexe, l'équilibre du contrat est principalement – quoique non exclusivement – sauvegardé par les règles issues du droit des ententes (**Chapitre 2**). Ce second corpus de règles a naturellement une vocation plus large tant il est vrai que ce qui nuit à l'autonomie du franchisé nuit nécessairement à l'équilibre contractuel, tandis qu'il serait inexact d'affirmer la réciproque.

112 Le principe en fut posé par le fameux décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. Sa valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil constitutionnel en 1982, lequel estime que « la liberté qui, au terme de l'article 4 de la Déclaration [des droits de l'Homme et du citoyen], consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » (Cons. const., 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, n° 81-132 DC).

113 V. notamment Y. Serra, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz-Sirey, 1993, n° 11 et s. et Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000, n° 2.

114 En ce sens, v. L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, Thèse : Aix-Marseille III, 2011, n° 347 et s.

Chapitre 1

Le contrôle de la liberté du franchisé par le droit de la concurrence

43. **Liberté de gestion du franchisé.** La préservation de la liberté du franchisé implique le double contrôle de son autonomie et de son indépendance. Autonome, le franchisé ne peut l'être qu'à condition que sa qualité de commerçant indépendant lui autorise une certaine marge de manœuvre dans la conduite de ses affaires. On retrouve ici le principe bien connu de la liberté de gestion, autrement appelée liberté d'exploitation ou d'exercice¹¹⁵. Pour le Professeur Michel Guibal, cette liberté implique une autonomie dans des choix aussi variés que ceux « *des méthodes de gestion, des procédés de fabrication, des matières premières, des produits à utiliser, des outils, des techniques de vente, des réseaux de distribution, des modalités de commercialisation* »¹¹⁶ ou encore « *la liberté de décision, la fixation du bénéfice, la possibilité de faire ou de ne pas faire crédit, d'accepter ou non d'être payé autrement qu'en espèces, de faire ou non de la publicité, la diversification des activités, la modernisation, l'informatisation, l'arrêt de la production* »¹¹⁷. Il convient ainsi de s'assurer que le franchiseur n'exerce pas sur le franchisé une influence trop pressante et que le franchisé demeure maître des décisions prises dans la conduite de son entreprise. C'est principalement sous le prisme du droit des concentrations que cette question est abordée par le droit de la concurrence (**Section I**)¹¹⁸.

115 V. M. Guibal, « Commerce et industrie », *in Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 59.

116 Ibid.

117 Ibid.

118 Le droit des ententes et celui des pratiques restrictives de concurrence peuvent également être utilisés pour préserver l'autonomie de gestion du franchisé, notamment par la prohibition des prix imposés. L'approche diffère cependant en ce qu'elle a une visée plus répressive que le droit des concentrations. De même, ce type de clauses – notamment lorsqu'elles sont abordées sous l'angle des pratiques restrictives – révèle bien souvent, au-delà du manque d'indépendance du franchisé, un déséquilibre du contrat ; raison pour laquelle elles seront abordées dans un second chapitre (V. n° 120 et s.).

44. **Liberté d'entreprendre du franchisé.** L'absence d'atteinte majeure à la liberté du commerce et de l'industrie par le contrat de franchise implique encore que soit préservée la liberté d'entreprendre du franchisé, c'est-à-dire sa faculté à créer une (autre) entreprise¹¹⁹. Or, la liberté d'entreprendre implique la faculté pour le franchisé de conserver une possibilité de quitter le réseau. Le droit de la concurrence aspire donc à lutter contre tout mécanisme de verrouillage qui rendrait prisonnier – et donc dépendant – le franchisé (**Section II**).

SECTION I. LE CONTRÔLE DE L'AUTONOMIE DU FRANCHISÉ

45. Aborder le contrat de franchise sous le prisme du droit des concentrations peut, de prime abord, surprendre. Toutefois, l'importance de cette branche du droit sur le contrat de franchise semble en augmentation croissante (**I**) si bien qu'il n'est pas inutile de s'interroger sur l'influence qu'elle peut avoir (**II**).

I. LA SOUMISSION CROISSANTE DES CONTRATS DE FRANCHISE AU DROIT DES CONCENTRATIONS

46. **Le réseau de franchise comme opération de concentration entre entreprises indépendantes.** La spécificité des réseaux de franchise pose de nombreuses difficultés au droit des concentrations, si bien qu'un traitement spécifique leur est réservé dans la plupart des lignes directrices récemment publiées¹²⁰. En somme, deux interrogations de nature différentes affleurent lorsque l'on s'intéresse aux réseaux de franchise sous le prisme de la notion de concentration. La première, frontale, a jadis suscité d'importantes inquiétudes : un contrat de franchise n'est-il pas, en tant que tel, susceptible de révéler une opération de concentration, le franchiseur acquérant ainsi une influence juridique et économique notable sur ses franchisés ? La seconde est plus technique et sans doute plus subtile. Elle recouvre l'hypothèse où un réseau de franchise préconstitué est parti à une opération de concentration. Comment doit-il alors être appréhendé par le droit des concentrations ? L'économiste sera tenté de considérer le réseau comme une seule et même entité, devant être appréhendée dans sa globalité, tandis que le juriste sera tenté d'insister sur l'indépendance du franchisé, personne juridique

119 M. Guibal, « Commerce et industrie », *in Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 56.

120 Les lignes directrices de la DGCRF y consacraient leur annexe 2 (DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations – Procédure et analyse (version du 30 avril 2007), n° 583 et s.). Celles désormais publiées sous l'égide de l'Autorité de la concurrence reprennent le même procédé en consacrant un paragraphe aux « questions relatives aux contrats de distribution » (Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 581 et s.). Tel n'est en revanche pas le cas des lignes directrices publiées par l'Union européenne.

distincte du franchiseur. Dans les deux cas toutefois, c'est bien dans le degré d'indépendance laissé au franchisé par le contrat de franchise que se situe la clé du problème. Ainsi, si les relations entre franchisé et franchiseur ne relèvent pas, a priori, du droit des concentrations (A), l'influence de celui-ci tend à se renforcer considérablement (B).

A. L'immunité relative du contrat de franchise au regard du droit des concentrations

47. Avant d'apprécier dans quelle mesure les contrats de franchise sont susceptibles de tomber sous le coup du contrôle des concentrations, il n'est pas inutile de tenter de cerner cette notion qui fait l'objet d'une double définition, en droit de l'Union européenne (1) et en droit interne (2).

1. L'importante plasticité de la notion de concentration

48. Avant d'apprécier dans quelle mesure les contrats de franchise sont susceptibles de tomber sous le coup du contrôle des concentrations, il n'est pas inutile de tenter de cerner cette notion qui fait l'objet d'une double définition, en droit de l'Union européenne (a) et en droit interne (b).

a. L'avènement de la notion d'influence déterminante en droit de l'Union européenne et en droit interne

49. L'article L. 430-2 du Code de commerce pose expressément le principe de la compétence de principe des autorités européennes en matière de contrôle des concentrations. Ce n'est en effet que si « *l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises* »¹²¹ que la législation interne devient applicable, le droit européen faisant ainsi figure de droit commun¹²². Au terme de l'article 3§1 du règlement, « *une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte : a) de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen* »¹²³. Le paragraphe 4 de ce même article vient en outre assimiler aux cas visés par le b) « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». Comme l'indique le texte, *in limine*, la concentration doit avoir pour conséquence un « *changement durable du contrôle* » de l'entreprise cible. Ces

121 Article L. 430-2-III du Code de commerce, modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

122 Son attractivité n'est d'ailleurs pas négligeable, la loi NRE du 15 mai 2001 ayant largement calqué le droit interne sur les dispositions européennes alors applicables.

123 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, art. 3§1.

termes sont précisés par le règlement lui-même, lequel dispose que « *le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise* »¹²⁴.

50. La loi sur les nouvelles régulations économiques (dite NRE) du 15 mai 2001 a largement repris la typologie européenne pour définir la notion de concentration. Précédemment, celle-ci résultait de l'article L. 430-2 qui, dans sa version antérieure au 16 mai 2001, définissait une concentration comme « *tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante* »¹²⁵. En dépit de l'introduction de la typologie tripartite qui a été évoquée, l'article L. 430-1 ne rompt pas totalement avec la notion d'influence déterminante, le III de ce texte venant préciser que « *le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise* »¹²⁶. Aussi, la doctrine s'accorde-t-elle pour reconnaître la pérennité de l'importance de la notion de contrôle¹²⁷, c'est-à-dire la possibilité d'exercer une « influence déterminante » sur la cible de l'opération de concentration.

51. En somme, la concentration peut résulter, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit interne, de diverses opérations juridiques (fusion, prise de contrôle ou création d'une nouvelle entreprise), ayant toutes pour but ou pour conséquence un changement durable de contrôle au sein de l'entreprise « cible ». Au-delà de l'énumération des opérations potentiellement concentratives, le critère essentiel retenu par le droit des concentrations est donc un critère finaliste qui tient compte du résultat de l'opération¹²⁸. C'est ainsi la notion de changement de contrôle, sous-tendue par celle d'influence déterminante qu'il convient de tenter de cerner. Ce critère finaliste, dont les contours sont nécessairement et volontairement flous a pu être qualifié de « formule attrape-tout »¹²⁹. Il n'en demeure pas moins que les termes de « contrôle » ou d'« influence déterminante » paraissent devoir trouver un terrain d'application particulièrement favorable au sein d'un réseau de franchise, sur lequel la tête de réseau exerce nécessairement un certain pouvoir. Il n'est donc pas inutile de tenter de définir plus en avant la notion clé d'« influence déterminante ».

124 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, art. 3§2.

125 Article L. 430-2 du Code de commerce, version en vigueur du 21 septembre 2000 au 16 mai 2001.

126 Article L. 430-1 du Code de commerce, modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

127 En ce sens, v. notamment P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 371 ; D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 401.

128 En ce sens, v. P. Wilhelm et F. Vever, « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », *Contrats, conc. consom.*, 2007, étude 11, n° 2.

129 C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, P.U.F., 2002, p. 711.

b. La délicate définition de la notion d'influence déterminante

52. Pascal Wilhelm et Florent Vever proposent de distinguer deux types d'opérations : les concentrations capitalistiques et les concentrations non capitalistiques¹³⁰. Les premières sont, selon les auteurs, classiques et aisément identifiables en ce qu'elles résultent d'une transaction sur le capital social de l'entreprise cible¹³¹. Cette catégorie regroupe ainsi les fusions proprement dites, les prises de participations majoritaires ou minoritaires, ainsi que les modifications de la structure du capital entre les actionnaires. En pareils cas, le changement d'influence déterminante est relativement aisé à caractériser dans la mesure où il résulte d'opérations juridiques facilement identifiables.

53. **Le réseau, concentration non capitalistique ?** Les concentrations dites non capitalistiques sont en revanche plus difficiles à appréhender pour le juriste dans la mesure où il convient alors d'avoir principalement recours à la technique du faisceau d'indices¹³². Il en ira de la sorte s'agissant de fusions de fait, d'acquisition d'actifs, ou encore de liens contractuels ou économiques traduisant une concentration de fait. Naturellement, le contrat de franchise a principalement vocation à s'insérer dans ce type de concentration. Compte tenu du flou inhérent à ces opérations, « *l'autorité de contrôle procède à un examen in concreto de la situation des entreprises à l'issue de l'opération, en s'attachant particulièrement aux critères économiques qui peuvent être utilisés pour déterminer l'existence d'une concentration* »¹³³. Les lignes directrices de la DGCCRF allaient encore jusqu'à préciser qu'il appartient « *de procéder au cas par cas à une appréciation globale de l'ensemble des éléments de droit et de fait en sa possession pour déterminer avec certitude, voire avec une probabilité raisonnable, quelle partie à l'opération est détentrice du contrôle* »¹³⁴. En droit européen, la communication du 10 juillet 2007 consolidée vient préciser que la notion d'influence déterminante comme le pouvoir d'arrêter ou de bloquer les décisions commerciales stratégiques de l'autre entreprise, sans avoir nécessairement la possibilité de les imposer unilatéralement¹³⁵. La communication ajoute qu'il n'est « *pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée* »¹³⁶ à condition que « *la possibilité d'exercer cette influence [soit] cependant réelle* »¹³⁷.

130 P. Wilhelm et F. Vever, « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », *Contrats, conc. consom.*, 2007, étude 11.

131 Ibid., n° 4.

132 DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations – Procédure et analyse (version du 30 avril 2007), n° 10. La formule est désormais reprise par l'Autorité de la concurrence, Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 38 et s.

133 Ibid., n° 8.

134 Ibid., n° 10.

135 Communication consolidée sur la compétence de la commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* n° C43/10 du 21 février 2009, n° 54.

136 Ibid., n° 16.

137 Ibid.

54. Il est donc peu dire que la notion d'influence déterminante, et avec elle celle de concentration, possède une grande plasticité et laisse une marge d'appréciation importante aux autorités de contrôle¹³⁸. Aussi, cette grande souplesse doit-elle probablement inciter à la prudence : bien que ne constituant nullement le « noyau dur » du champ d'application du contrôle des concentrations, il semble aujourd'hui difficile de considérer que les contrats de franchise en sont totalement exclus. Comme le notaient certains de façon assez prophétique dès 2003, « *un examen attentif du contenu des contrats de franchise au regard du droit des concentrations semble désormais inévitable* »¹³⁹. Ce contrôle est désormais de droit positif, à tel point que l'annexe 2 des lignes directrices publiées par la DGCCRF lui était entièrement consacrée¹⁴⁰, reprise pour l'essentiel par l'Autorité de la concurrence¹⁴¹.

2. *L'application potentielle de la notion de concentration à la franchise*

55. La position des instances européennes et nationales peut être résumée ainsi : la conclusion d'un contrat de franchise ne transfère pas, a priori, le contrôle de l'entreprise franchisée à la tête de réseau (a). Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, et lorsque la conclusion du contrat de franchise s'inscrit dans le cadre d'une opération juridique plus complexe que celle-ci doit s'analyser comme opérant un transfert de contrôle (b).

a. Le refus d'appliquer la notion de concentration à la simple conclusion d'un contrat de franchise

56. **Exclusion de principe.** La question de l'appréhension des contrats de franchise par le droit des concentrations a été posée relativement tôt en droit européen. C'est à la Commission des communautés européennes a qui est revenue la tâche de trancher, dès 1997¹⁴², ce débat. Le rachat par la banque internationale UBS de la société Rydon, holding du groupe Mister Minit avait été notifié aux instances européennes. Par le rachat de cette holding, UBS acquerrait finalement le contrôle du réseau Mister Minit. Pour la Commission, les clauses relativement classiques des contrats de franchise en question ne permettent pas de caractériser une concentration, le franchisé conservant son indépendance dans la gestion de ses affaires. La commission examine successivement les deux arguments qui pouvaient faire craindre que ladite opération ne soit considérée comme une concentration : d'une part la possession, par le franchiseur, de certains éléments du fonds de commerce de ses franchisés et, d'autre part, le contrôle de fait que celui-ci est susceptible d'exercer sur les membres de son réseau.

138 En ce sens, D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 401.

139 R. Fabre et M. Dany, « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195.

140 DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations – Procédure et analyse (version du 30 avril 2007).

141 Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 581 et s.

142 Comm. CE, 9 juillet 1997, UBS/Mister Minit, n° IV/M.940

57. S'agissant de la question de la propriété des éléments du fonds de commerce, la commission répond que « *le franchisé [...] paie une redevance au franchiseur pour l'utilisation du matériel et des appareils dont l'entreprise de ce dernier est propriétaire. Ainsi, la Commission considère que Mister Minit, le franchiseur, ne contrôle pas les actifs concernés et, par conséquent, ne peut être considéré comme possédant ces derniers au sens de l'article 5.4. (b)* »¹⁴³. Cette distinction entre propriété juridique et maîtrise économique du fonds de commerce nous semble capitale, et sera d'ailleurs reprise dans un tout autre contexte, à propos de l'application du statut des baux commerciaux en droit interne, cinq ans plus tard par l'arrêt Trévisan de la Cour de cassation¹⁴⁴.

58. La Commission estime par ailleurs que les stipulations mises en avant pour caractériser un prétendu contrôle de fait du franchiseur sur les affaires de ses franchisés ne sont pas probantes, tant elles sont « caractéristiques »¹⁴⁵ d'une relation franchiseur/franchisé. En l'espèce, les stipulations en question concernaient l'obligation pour le franchisé de respecter les normes et instructions du franchiseur relatives au savoir-faire, ainsi que l'assistance du franchiseur dans la négociation avec les fournisseurs et dans la promotion du réseau¹⁴⁶. Pour conforter sa position, la Commission prend en outre le soin de relever que les franchisés restent cependant libres de fixer leurs prix pour les biens qu'ils vendent et les services qu'ils fournissent¹⁴⁷. Aux yeux de l'autorité européenne, il est impossible d'affirmer que le franchiseur « *a la possibilité de gérer les affaires du franchisé, conformément à l'article 5.4. (b)* »¹⁴⁸. Aussi, cette décision est-elle la première à poser le principe selon lequel le franchiseur n'a, a priori, pas d'« influence déterminante » – bien que l'expression ne soit jamais employée – sur l'entreprise franchisée. Si la doctrine avait pu exprimer quelques interrogations à ce sujet¹⁴⁹, un tel positionnement est de nature à dissiper toute ambiguïté.

143 Seule la version anglaise de la décision est disponible. Elle est rédigée en ces termes, que nous espérons avoir fidèlement traduit, sans en altérer le sens ni la portée : « *the franchisee pays [...] rent to the franchisor for the use of the equipment and fixtures owned by this latter undertaking. Thus, the Commission considers that Mister Minit, the franchisor, does not control the assets concerned and, consequently, cannot be said to effectively 'own' them for the purposes of interpreting Article 5.4.(b) of the Merger Regulation. Therefore, the Commission considers that the said Article 5.4.(b), first indent, cannot be invoked to justify including the turnover of the franchised businesses in the aggregate turnover of Mister Minit* ».

144 Sur cet arrêt, v. n° 237 et s.

145 « *The Commission considers that the specific terms invoked by the party in support of their argument are in fact 'typical' of those governing a franchisor/franchisee relationship* » (Comm. CE, 9 juillet 1997, UBS/Mister Minit, n° IV/M.940).

146 « *The obligation of the franchisee to operate its business in accordance with training provided by Mister Minit and the instructions in the Mister Minit franchise manual and the franchisor's agreement to monitor market conditions and negotiate with suppliers and provide the franchisee with advertising materials and management services in the form of on-going assistance and advice* » (ibid.).

147 « *Notwithstanding the fact that the franchisees are free to set the prices for the goods they sell and the services they provide* » (ibid.).

148 « *[...] do not demonstrate (nor does the party so claim) that Mister Minit has 'the right to manage' the franchisee's affairs, in accordance with the last indent of Article 5.4.(b) of the Merger Regulation* » (ibid.).

149 V. R. Fabre et M. Dany, « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195.

59. La jurisprudence Mister Minit est désormais entérinée par la Commission qui, dans sa communication juridictionnelle concernant le règlement relatif aux opérations de concentration entre entreprises, expose que « *les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur* »¹⁵⁰. Cette position sert en outre de fondement aux lignes directrices françaises, lesquelles reprennent intégralement à leur compte la position de la Commission dans l'arrêt Mister Minit¹⁵¹. Celle-ci est encore reprise dans l'avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants¹⁵². Bien qu'on en perçoive assez facilement les limites, cette position de principe semble ne pas devoir être remise en cause, pour des raisons de politique jurisprudentielle assez évidentes. Comme le note Maître Thomas Oster, « *le message de l'Autorité est clair, elle n'entend pas étendre la notion de contrôle à la simple conclusion de contrats de distribution, de peur de se voir submergée de notifications* »¹⁵³. Les tempéraments à cette analyse ne peuvent donc qu'être relativement exceptionnels et circonscrits.

b. L'application exceptionnelle et circonscrite de la notion de concentration à la conclusion d'un contrat de franchise

60. **Exclusion non absolue.** Il est ainsi clair qu'un contrat de franchise ne peut, par principe, conférer au franchiseur une influence déterminante sur son franchisé. La conclusion de ce contrat peut toutefois s'accompagner d'autres éléments qui, combinés à la signature de l'accord de distribution, sont susceptibles de modifier le contrôle de la société franchisée. Tel serait le cas si, hypothèse rare en pratique, le franchiseur venait à prendre une participation majoritaire dans la société franchisée¹⁵⁴ **(b-1)**. Plus fréquemment, se posera en revanche la question des conséquences d'une prise de participation minoritaire **(b-2)** ou de l'acquisition d'actifs du franchisé **(b-3)**.

b-1. La prise de participation majoritaire

61. Cette situation n'appelle évidemment pas de longs commentaires. On peut d'ailleurs légitimement se demander si une société franchisée détenue majoritairement

150 Communication consolidée sur la compétence de la commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE n° C43/10 du 21 février 2009, n° 19.

151 DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations – Procédure et analyse (version du 30 avril 2007), n° 589, et dernièrement Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 584 : « *La seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce, que dans des cas très particuliers* ».

152 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26 : « *s'il n'est pas exclu que la conclusion d'un contrat de distribution puisse conférer à une tête de réseau une influence déterminante sur l'activité d'un magasin, c'est essentiellement au travers des prises de participation minoritaire que le droit des concentrations a vocation à contrôler l'organisation des réseaux de distribution* ».

153 T. Oster, « *Prise de contrôle dans les réseaux de distribution : entre pouvoir et influence* », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2011, no 58, p. 31.

154 Plus fréquentes sont les prises de participations minoritaires dites de préférence. Elles seront abordées infra n° 106 dans la mesure où elle constitue d'abord un moyen d'entraver la sortie du franchisé.

par le franchiseur mérite encore cette appellation. En vérité, les rares exemples jurisprudentiels concernent la situation plus spécifique du rachat d'un magasin franchisé par la tête de réseau, soit pour l'exploiter directement soit, plus rarement, pour la confier immédiatement à un autre franchisé.

62. La première hypothèse constitue nécessairement une opération assimilable à une concentration, le franchisé – indépendant ou contrôlé conjointement par le franchiseur – passant alors sous contrôle exclusif de ce dernier¹⁵⁵. La seconde hypothèse mérite en revanche une appréciation cas par cas et dépend de la position occupée par le franchisé repreneur. Les instances de contrôle apprécient cependant strictement le caractère transitoire de la prise de contrôle par le franchiseur¹⁵⁶. En ce sens, une telle opération a pu être regardée par l'Autorité de la concurrence comme ne constituant pas une concentration. Dans une décision du 9 décembre 2009, l'autorité affirme en effet que la prise de contrôle par le franchiseur étant temporaire et le futur franchisé ne possédant le contrôle d'aucune entreprise au moment de l'opération, celle-ci n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 430-1 du Code de commerce¹⁵⁷. En somme, seul le caractère temporaire et précaire de la prise de participation majoritaire est susceptible de la faire échapper au contrôle du droit des concentrations. Les prises de participations minoritaires, lesquelles ont en revanche vocation à s'inscrire dans la durée, peuvent cependant s'avérer plus problématiques.

b-2. La prise de participation minoritaire
conduisant à un enfermement dans le réseau

63. Les prises de participations minoritaires par le franchiseur au sein du capital de la société franchisée sont aujourd'hui particulièrement en vogue, les têtes de réseau y voyant un moyen particulièrement commode de se réserver à moindres frais le contrôle des décisions stratégiques de leurs franchisés¹⁵⁸. Sur le plan du droit des concentrations, les autorités de contrôle de la concurrence réservent toutefois le cas où la conclusion du contrat de franchise s'accompagne de montages juridiques destinés à

155 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 14 avril 2006, Carrefour / Hamon, n° C 2006-15 : BOCCRE, 2006, n° 7 bis : « L'opération consiste en l'acquisition par le groupe Carrefour, qui détenait déjà via ses filiales 50 % du capital de Hamon Invest SAS, du solde du capital de cette société. Ainsi, en ce qu'elle confère à Carrefour le contrôle exclusif du groupe Hamon, en lieu et place du contrôle conjoint existant antérieurement, l'opération notifiée constitue une concentration au sens de l'article L.430-1 du Code de commerce ».

156 Communication consolidée sur la compétence de la commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE n° C43/10 du 21 février 2009, n° 28 : « [...] dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission ».

157 Aut. conc., décision du 9 décembre 2009, SAS Ormoison c/ ITM Alimentaire Est, n° 09-DCC-73.

158 Les statuts de la société franchisée seront ainsi habilement rédigés de sorte à exiger l'unanimité – ou à tout le moins une majorité nécessitant les voix du franchiseur – pour toute décision relative notamment au changement d'enseigne.

empêcher le franchisé de changer d'enseigne et de « *passer sous pavillon ennemi* »¹⁵⁹. Il s'agit probablement de l'hypothèse la plus fréquente aboutissant à la requalification de la conclusion d'un contrat de franchise en opération de concentration. Un tel objectif de verrouillage du franchisé au sein du réseau est atteint, notamment, par une prise de participation minoritaire du franchiseur dans la société franchisée, tout en insérant dans les statuts de cette dernière une clause renforçant la majorité nécessaire pour tout changement d'enseigne. Après avoir rappelé, sur un ton dont le dessein est manifestement de rassurer les acteurs de la distribution, le principe selon lequel un contrat de franchise n'est pas à lui seul une opération de concentration¹⁶⁰, l'Autorité de la concurrence développe abondamment cette réserve dans son avis du 7 décembre 2010. Pour l'instance de contrôle, « *si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, la tête du réseau de distribution est en mesure d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau et, jointe au contrat de distribution, la participation minoritaire confère alors à la tête de réseau une influence déterminante* »¹⁶¹. Il en va de même si la mobilité du franchisé empêchée par d'autres dispositifs, tels que la fixation d'une durée particulièrement importante pendant laquelle le franchisé ne peut sortir du réseau¹⁶².

64. La jurisprudence de l'Autorité de la concurrence offre d'intéressants exemples de contrats de franchises requalifiés en opération de concentration à raison de l'emprise du franchiseur sur le franchisé. Plusieurs de ces décisions concernent les sociétés du groupe ITM, qui n'est autre que la tête du réseau Intermarché¹⁶³. Le contrôle exercé par le franchiseur découle alors d'un faisceau d'indices, d'autant plus délicat à appréhender que toute la sagacité juridique de la tête de réseau s'emploie à le dissimuler. C'est ainsi que le contrôle sur le franchisé peut résulter de la simple détention d'un tiers des actions en nue-propiété accompagnée de la mention de l'enseigne du groupe dans l'objet de la société franchisée¹⁶⁴. Il résulte de façon nettement plus évidente de « *la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation*

159 T. Oster, « Prise de contrôle dans les réseaux de distribution : entre pouvoir et influence », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2011, no 58, p. 31.

160 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26.

161 Ibid., n° 201.

La solution retenue par les précédentes lignes directrices publiées par la DGCCRF était en tout point identique. On pouvait déjà y lire : « *la combinaison de la modification de statuts et de l'acquisition d'une minorité de blocage permet à la tête du réseau de distribution d'acquiescer une influence déterminante sur l'adhérent ; ce type d'opération constitue donc une concentration* » (C.A. Versailles, 27 janvier 2000, *LPA*, 2000, n° 237, p. 25).

162 Sur ces questions, v. n° 90 et s.

163 Aut. conc., décision du 20 mai 2009, SAS Evolis c/ ITM Entreprises, n° 09-DCC-06, *D.*, 2009, p. 2888, note Ferrier, *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 6, p. 11, note Bosco ; Aut. conc., décision du 17 novembre 2009, SAS Mikery c/ ITM Alimentaire Est, n° 09-DCC-64, *D.*, 2011, p. 540, obs. Ferrier ; Aut. conc., décision du 16 décembre 2009, SAS Calfo c/ ITM Alimentaire Centre Ouest, n° 09-DCC-76.

164 Ainsi, le changement d'enseigne nécessite la modification des statuts et donc la réunion d'une assemblée générale extraordinaire, à laquelle c'est le nue-propriétaire et non l'usufruitier qui est appelé à voter par application de l'article 1844 al. 3 du Code civil. Ce faisant, le franchiseur disposant d'un tiers des actions en nue-propiété possède une minorité de blocage (Aut. conc., décision du 20 mai

d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente »¹⁶⁵. Ce n'est donc pas tant la prise de participation minoritaire qui est, en tant que telle, visée, mais davantage l'artifice juridique qu'elle constitue et qui tend à masquer l'influence réelle du franchiseur sur la marche des affaires du franchisé. Outre l'application du droit des concentrations, leur sanction doit probablement venir d'autres branches du droit de la concurrence¹⁶⁶. D'autres mécanismes, à l'instar de la clause d'enseigne insérée dans le bail commercial¹⁶⁷, aboutissent à un résultat similaire.

b-3. L'acquisition d'actifs du franchisé

65. Jurisprudence « Toys « R » Us ». En droit interne, cette situation est envisagée par le point 587 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence¹⁶⁸. Celles-ci énoncent qu'« *il est possible qu'un accord de franchise s'accompagne d'une acquisition d'actifs (fonds de commerce, stocks, locaux) susceptible de donner au franchiseur le contrôle des actifs du franchisé. L'opération est alors susceptible de relever du droit des concentrations s'il est possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et si les seuils en chiffre d'affaires sont atteints* ». Cette solution fait directement référence à la décision de la Commission Blokker / Toys « R » Us du 26 juin 1997¹⁶⁹. Pourtant, cette décision ne concerne pas directement l'hypothèse où le franchiseur possède divers actifs de l'entreprise franchisée, remettant ainsi en cause son indépendance. Paradoxalement, la soumission de l'accord au droit des concentrations résulte, dans cette décision, non point du manque d'indépendance du franchisé, mais au contraire de sa très grande autonomie. Blokker, un important groupe de distribution néerlandais s'était rapproché du groupe de vente de jouets Toys « R » Us. Sur les neuf magasins exploités par Toys « R » Us, il avait été décidé via une série d'accords que Blokker reprendrait six magasins de façon permanente et que les trois derniers seraient exploités temporairement, le temps de céder le droit au bail afférent ou de trouver un accord avec le propriétaire¹⁷⁰. Cette reprise des magasins Toys « R » Us par Blokker était organisée par le truchement de divers contrats : un accord-cadre de sous-location, un accord de rachat des actifs, un accord de franchise et un accord d'aide à la commercialisation. Ainsi, Blokker se présentait comme le franchisé de Toys « R » Us.

66. Le contrat de franchise, conclu pour une durée de douze ans renouvelable, conférait à Blokker le droit exclusif d'exploiter la marque Toys « R » Us aux Pays-Bas,

2009, SAS Evolis c/ ITM Entreprises, n° 09-DCC-06, *D.*, 2009, p. 2888, note Ferrier, *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 6, p. 11, note Bosco).

165 Aut. conc., décision du 17 novembre 2009, SAS Mikery c/ ITM Alimentaire Est, n° 09-DCC-64, *D.*, 2011, p. 540, obs. Ferrier.

166 V. infra, n° 105 et s.

167 V. infra, n° 114 et s.

168 Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 587.

169 Comm. CE, 26 juin 1997, Blokker/Toys « R » Us, n° IV/M.890 : JOCE, n° L 316 du 25 novembre 1998, p. 1, *Cont. conc. consom.*, 1999, comm. 26, note Poillot-Peruzzetto.

170 Ibid., n° 6.

tandis que Toys « R » Us, franchiseur, définissait des normes concernant le type, la qualité et l'assortiment des articles proposés. Blokker s'engageait concomitamment à verser une redevance indexée sur le chiffre d'affaires de ses magasins ainsi qu'une commission sur ses achats auprès de la centrale Toys « R » Us. Le franchisé demeurait en outre libre d'ajouter d'autres catégories de produits, qui ne seraient pas habituellement vendues dans les magasins Toys « R » Us, ainsi que de décider des produits retenus dans chaque catégorie et de leur prix respectif.

67. La question était alors de savoir si cet accord de franchise était susceptible de conférer à Blokker le contrôle des six magasins qu'il envisageait d'exploiter en tant que franchisé de l'enseigne Toys « R » Us¹⁷¹. La Commission répond clairement par l'affirmative. Elle constate tout d'abord que « *l'accord de franchise ne confère pas à Toys « R » Us des droits qui permettraient de conclure qu'elle conserve le contrôle de ces activités* »¹⁷² avant de relever qu'à l'inverse, « *le fait que Blokker exploite les magasins sous franchise n'exclut pas que Blokker exerce un contrôle* »¹⁷³. Tel est en l'occurrence le cas puisque « *Blokker n'acquiert pas seulement le contrôle des activités quotidiennes des magasins, mais en détermine aussi le concept. Toys « R » Us ne décidera donc plus de l'évolution de cette activité, mais cédera cette prérogative à Blokker* »¹⁷⁴.

68. En vérité, cette décision s'accorde fort bien avec la règle précédemment énoncée selon laquelle le contrat de franchise ne permet pas, en principe, de considérer que le franchiseur exerce une influence déterminante sur l'entreprise du franchisé. Bien au contraire, la décision Toys « R » Us vient conforter la tautologie selon laquelle le contrôle de l'entreprise franchisée est exercé par le franchisé lui-même. C'est en revanche ce constat qui justifie ici la soumission de l'opération au droit des concentrations, la mise en franchise de la quasi-totalité des magasins du groupe, confiés à un franchisé unique constituant dès lors fort logiquement un changement de contrôle. Une décision contraire reviendrait à considérer que le franchiseur conserve une influence déterminante sur les magasins franchisés.

* * * * *

69. Ainsi, le contrat de franchise bénéficie-t-il d'un traitement relativement favorable par le droit des concentrations à condition toutefois de préserver l'indépendance du franchisé qui en fait en principe la caractéristique. À cet égard, et quoique cela ne soit pas sa fonction initiale, le droit des concentrations peut apparaître comme un instrument dissuasif à la stipulation de mécanismes complexes limitant l'autonomie du franchisé. L'influence du droit des concentrations est encore plus prégnante lorsque le réseau dans son ensemble vient à être partie à une opération de concentration.

171 Ibid., n° 14.

172 Ibid., n° 15.

173 Ibid.

174 Ibid.

B. La soumission renforcée des réseaux au droit des concentrations

70. L'application du droit commun des concentrations aux réseaux de franchise se livrant à des opérations de concentration ne va pas sans soulever divers problèmes spécifiques, eu égard à la spécificité de ce mode d'organisation économique, que le droit a parfois quelques difficultés à cerner. C'est ainsi que doivent être adaptés les critères permettant, en amont, de déterminer si une opération relève ou non de l'application du droit des concentrations relativement aux seuils de contrôle. Tant leur abaissement (1) que leurs modalités de calculs (2) doivent inciter les réseaux à la plus grande prudence eu égard à l'application du droit des concentrations.

1. La soumission des réseaux de franchise au droit des concentrations renforcée par l'abaissement des seuils de contrôle

71. Sous l'empire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la soumission d'une opération au contrôle des concentrations supposait la réunion de l'une au moins des conditions suivantes¹⁷⁵ :

- la part de marché combinée des parties à l'opération dépassait 25 %,
- le chiffre d'affaires cumulé des parties dépassait sept milliards de francs et celui de deux des parties au moins dépassait deux milliards de francs.

72. En vérité, seule la seconde de ces deux conditions alternatives présentait un réel intérêt. Dans un système de notification facultative, il était en effet peu probable que les parties à une opération dont la part de marché combinée des opérateurs ne dépassait pas 25 % jugent celle-ci suffisamment problématique pour croire opportun de la soumettre volontairement au contrôle des autorités¹⁷⁶. Cette référence à la part de marché des opérateurs – laquelle générait également diverses difficultés d'interprétation – a donc été supprimée par la loi NRE du 15 mai 2001¹⁷⁷, qui ne conserve qu'une unique référence aux chiffres d'affaires des parties. À compter du 18 mai 2002, date d'entrée en vigueur de la loi NRE, le contrôle était donc applicable aux opérations dont :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes des parties à la concentration était supérieur à 150 millions d'euros,
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France pas deux au moins des parties à la concentration était supérieur à 15 millions d'euros¹⁷⁸.

175 Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 38, abrogé par l'ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000. Le texte était alors codifié à l'article L. 430-1 du Code de commerce.

176 En ce sens, v. F. Brunet et G. Ianis, « Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une « révolution antitrust à la française » », *JCP E*, 2002, no 46, p. 1802.

177 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 87.

178 Ibid.

73. Ainsi, le premier seuil relatif au chiffre d'affaires total des parties se voyait approximativement divisé par sept tandis que le second seuil était pour sa part divisé par vingt. Aussi, ce ne sont pas moins de 350 dossiers qui étaient notifiés entre le 18 mai 2002 et le 31 décembre 2003¹⁷⁹. Le second de ces seuils a depuis été relevé de 15 à 50 millions d'euros par l'ordonnance du 25 mars 2004¹⁸⁰. Il n'en reste pas moins qu'en une décennie, le seuil de contrôle des opérations de concentration en droit interne a largement été abaissé, faisant évoluer de façon inverse l'attention des réseaux de distribution à cette branche du droit de la concurrence. Plus encore, il convient de rappeler que la loi du 15 mai 2001 opère une mutation d'importance quant aux modalités de contrôle des opérations de concentration. La notification, jadis facultative, est depuis lors devenue obligatoire et systématique, renforçant évidemment la place centrale du droit des concentrations¹⁸¹.

74. **Régime dérogatoire des magasins de détail.** Cet intérêt a encore été renforcé par l'introduction d'un régime dérogatoire plus strict pour les opérations impliquant des magasins de commerce de détail. L'article 430-2, II du Code de commerce abaisse en effet en pareil cas les seuils de sensibilité, respectivement à 75 et 15 millions d'euros¹⁸². Ce traitement particulier conféré aux commerces de détail est issu d'une proposition du groupe Canivet, lequel constatait que « *le relèvement des seuils de notification obligatoire issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques [par l'ordonnance du 25 mars 2004] a pour effet de rendre non contrôlables la plupart des petites opérations de prise de contrôle de supermarchés* »¹⁸³, alors que « *ces opérations peuvent conduire à la constitution de positions dominantes locales* »¹⁸⁴. La commission proposait alors « *un dispositif permettant à la DGCCRF d'examiner de sa propre initiative des opérations de concentration qui n'atteignent pas les seuils de notification obligatoire, mais qui sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence* »¹⁸⁵. Cette proposition a donc été traduite en droit positif, sous réserve de quelques nuances, par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence viennent préciser la notion peu juridique de « commerce de détail » par référence aux règles d'équipement commercial. Sont ainsi visés les magasins qui effectuent « *essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de leur chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à*

179 *Ententes, abus de position dominante, concentrations économiques*, Francis Lefebvre, 2004, n° 2003.

180 Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, art. 25.

181 Sur cette question, v. notamment F. Brunet et G. Ianis, « Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une « révolution antitrust à la française » », *JCP E*, 2002, no 46, p. 1802 ; R. Fabre et M. Dany, « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195 ; V. Sélinisky et C. Montet, « États-Unis : Revirement de jurisprudence sur les prix minima de revente imposés », *Rev. Lamy conc.*, 2007, no 13, p. 14 et s.

182 La première décision en la matière a été rendue par l'Autorité de la concurrence le 8 avril 2009 (Aut. conc., décision du 8 avril 2009, SAS Pellier Metz c/ Bailly SAS, n° 09-DCC-001, *Gaz. Pal.*, 2010, p. 474, *Contrats conc. consom.*, 2009, comm. 176, note Bosco).

183 G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix : Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, 2005, p. 114.

184 Ibid.

185 Ibid.

des consommateurs pour un usage domestique »¹⁸⁶. Cette attention particulière portée au commerce de détail vient encore renforcer l'idée que les réseaux de distribution, et plus précisément les réseaux de franchise, sont directement concernés par le droit des concentrations, lequel réserve désormais un traitement spécifique à certains d'entre eux.

75. Modalités d'appréciation des seuils. La soumission des réseaux de franchise au droit des concentrations renforcée par les modalités de calcul du chiffre d'affaires pertinent. Comme le relèvent Maîtres Régis Fabre et Mireille Dany, il pourrait être tentant de se satisfaire de l'énoncé de ces chiffres pour constater que la plupart des franchiseurs ne réalisent pas de tels volumes d'affaires, et d'en conclure qu'ils échappent ainsi à tout contrôle des opérations de concentration à un niveau national, et a fortiori européen¹⁸⁷. En réalité, un tel raisonnement s'avère largement biaisé, compte tenu des méthodes utilisées par les instances nationales et de l'Union pour déterminer le chiffre d'affaires des parties à l'opération de concentration. La question prend tout son intérêt dans l'hypothèse d'une fusion entre deux réseaux de franchise, c'est-à-dire d'un strict point de vue juridique, entre deux sociétés exerçant l'activité de franchiseur. Initialement, l'analyse retenue par le Conseil de la concurrence avait suggéré une interprétation relativement restrictive dans un avis du 9 novembre 1993. Alors que l'une des parties à la concentration était une modeste filiale d'un groupe bien plus important, le Conseil ne retenait pour se prononcer que le chiffre d'affaires de ladite filiale, sans aucunement tenir compte de celui réalisé par le groupe qui, bien que dépourvu de personnalité juridique, représentait l'entité économique intéressée à l'opération¹⁸⁸. Cette analyse a cependant rapidement été abandonnée, le ministre de l'Économie estimant qu'il convient de « *prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des sociétés appartenant à un même groupe* »¹⁸⁹.

76. S'agissant des réseaux de franchise, la question se pose en des termes identiques, quoique la réponse mérite sans doute d'être plus nuancée. Il est en effet impossible d'assimiler les franchisés à de simples filiales du franchiseur. Il est cependant tout aussi impossible de nier, en terme d'analyse concurrentielle, que la fusion de deux réseaux de franchise dépasse largement la fusion des simples entités juridiques constituées par les sociétés des franchiseurs. L'arrêt du ministre dans la célèbre affaire Carrefour/Pro-modès explicite cette difficulté en précisant que « *les magasins aux enseignes Carrefour et Stoc constituent un ensemble qui n'a pas à être dissocié selon le statut juridique de ces magasins [succursales ou franchisé] ; [...] le groupe se comporte comme une entité unique même si, d'un point de vue contractuel, les entreprises qui le composent ne constituent pas*

186 Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 75.

187 R. Fabre et M. Dany, « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195.

188 Cons. conc., 9 novembre 1993, SA Discol c/ SNC Prodirest, n° 93-A-16.

189 Lettre du Ministre de l'économie du 3 décembre 1993, *BOCCRE*, 11 décembre 1993.

une structure intégrée »¹⁹⁰. On perçoit ainsi toute la difficulté pour le droit de la concurrence à appréhender un ensemble partagé entre indépendance juridique et cohésion économique.

77. Hésitations doctrinales. Face à cette problématique, si les lignes directrices publiées par l'Autorité de la concurrence et par les instances européennes tentent de faire œuvre de clarté, la question suscite un léger flou en doctrine. Pour Maîtres Régis Fabre et Mireille Dany, « *il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé en propre par le franchiseur et par les franchisés de celui-ci pour apprécier si les seuils permettant le contrôle d'une opération de concentration concernant deux ou plusieurs franchiseurs sont atteints* »¹⁹¹. Le Professeur Philippe Le Tourneau enseigne quant à lui qu'« *il n'est pas tenu compte des ventes au public réalisées par les magasins exploités en franchisage [dans le calcul des seuils du chiffre d'affaires des réseaux de distribution]* »¹⁹². Pour les économistes, la question doit être arbitrée par référence à la notion de contrôle¹⁹³ : ne doivent être pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires des parties à l'opération de concentrations que les entreprises sur lesquelles elles sont susceptibles d'exercer un contrôle.

78. Clémence législative. En vérité, depuis la publication des lignes directrices de la DGCCRF, lesquelles ont été largement reprises par l'Autorité de la concurrence sur ce point, le droit interne opte pour une position nuancée, largement influencée par les normes européennes. Le recours aux notions de contrôle et d'influence déterminante permet en effet d'exclure du calcul du chiffre d'affaires du franchiseur les ventes au public réalisées par les franchisés, « *dans la mesure où la tête de groupe ne dispose pas du droit de gérer les affaires de l'adhérent au sens de l'article 5 du Règlement communautaire* »¹⁹⁴. Bien évidemment, il semble cependant nécessaire d'assortir cette sentence de l'ensemble des tempéraments qui ont pu être exposés quant à l'application de la notion d'influence déterminante au sein d'un réseau de franchise¹⁹⁵. Dans l'hypothèse où le franchiseur serait susceptible d'exercer une telle influence sur ces franchisés, il en résulterait une réintégration du chiffre d'affaires de ces derniers dans le chiffre d'affaires de la tête de réseau¹⁹⁶ et donc un contrôle plus que probable au titre du droit des concentrations.

190 Arrêté du 5 juillet 2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès, BOCCRF, 18 octobre 2000.

191 R. Fabre et M. Dany, « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195.

192 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 373.

193 M. Glais, *Concentration des entreprises et droit de la concurrence*, Economica, 2010, p. 110

194 DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations – Procédure et analyse (version du 30 avril 2007), n° 595.

La formule a été reprise à l'identique par les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (point n° 593).

195 Sur cette question, v. n° 49 et s.

196 Il est cependant peu probable que l'une des situations envisagées par l'article 5-4-b du règlement du 20 janvier 2004 se rencontre en matière de franchise, eu égard à la nécessaire indépendance qui préside a priori les relations entre franchiseur et franchisés.

* * * * *

* * *

*

79. Il s'évince des développements précédents que le droit des concentrations a une influence, souvent sous-estimée, sur les parties au contrat de franchise, ainsi que sur le contrat lui-même. Son application potentielle peut apparaître dissuasive et permettre d'éliminer un certain nombre de pratiques nuisibles à l'autonomie du franchisé. Ainsi, l'abaissement des seuils par la loi NRE, puis par la loi de modernisation de l'économie (dite LME), sont de nature à renforcer la lutte contre des mécanismes tels que la prise de participation minoritaire ou l'achat de certains éléments d'actifs du franchisé qui permettent, in fine, au franchiseur d'exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise franchisée. Le droit des concentrations est ainsi riche en potentialités pour préserver l'autonomie du franchisé.

80. La soumission des réseaux de franchise au droit des concentrations étant acquise, dans les conditions précédemment évoquées, il convient désormais de s'interroger sur les modalités d'applications de ce droit, tant les spécificités d'un réseau de franchise interdisent de la considérer comme une entreprise ordinaire.

II. L'APPLICATION DU DROIT DES CONCENTRATIONS AUX CONTRATS DE FRANCHISE

81. Une opération de concentration telle que précédemment définie et dépassant les seuils susévoqués ne sera toutefois critiquable du point de vue du droit de la concurrence que dans l'hypothèse où elle induit une entrave significative à la concurrence sur un marché donné. Ceci implique donc de définir le marché pertinent pour chaque opération de concentration (A), ainsi que d'apprécier le degré de concentration de ce marché (B) ; deux étapes qui se révèlent particulièrement complexes et spécifiques en présence d'un réseau de franchise.

A. L'appréciation duale de la dimension géographique du marché pertinent

82. L'examen d'une opération de concentration impliquant un réseau de franchise amène nécessairement à se poser la question de la détermination du marché pertinent pour apprécier les effets concurrentiels de cette opération. En droit européen, le marché géographique pertinent est défini comme « *un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes* ».

de celles prévalant sur ces territoires »¹⁹⁷. Cette définition est peu ou prou reprise par les instances nationales qui définissent cette notion comme « le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres »¹⁹⁸.

83. Prise en compte des marchés locaux. L'application de cette notion aux réseaux de franchise est susceptible de susciter quelques interrogations. Si les réseaux, parties à l'opération de concentration sont très fréquemment de dimension nationale, voire internationale, cette constatation n'implique nullement que le marché de référence, pour apprécier l'opération, se situe à un tel niveau. Plusieurs décisions illustrent à cet égard la vision pragmatique des instances européennes, et plus encore nationales. Comme le fait remarquer Maître Régis Fabre, « les autorités de la concurrence ne se contentent [nt] pas d'une analyse du marché national, elles examinent [nt] chacun des marchés locaux concernés pour déterminer quelle [est] la part de marché de la nouvelle entité sur chacun des marchés géographiques »¹⁹⁹. De façon très concrète, cela signifie que « les autorités de la concurrence vont donc par exemple s'intéresser au marché de la ville de Tulle comme à celui de la ville de Rouen pour déterminer si dans ces villes, la part de marché de l'entité résultant de la concentration ne sera pas trop importante »²⁰⁰. En somme, la concentration entre deux réseaux de franchise ne peut s'apprécier que comme une simple concentration entre deux franchiseurs. C'est bien le réseau dans son ensemble qu'il faut prendre en compte, et donc chacun des franchisés, au besoin individuellement. En bref, il semble que l'organisation en réseau de franchise soit relativement transparente du point de vue de la détermination du marché géographique pertinent, les franchisés, quoique juridiquement indépendants, étant assimilés à des succursales classiques.

84. Ce raisonnement a tout particulièrement été mis en exergue, au plan national, dans la décision concernant la fusion entre les réseaux Banques Populaires et Caisses d'Épargne, qui bien que n'étant évidemment pas organisés sous forme de franchise, posent des problèmes similaires. L'autorité de la concurrence constate tout d'abord que « de nombreux services bancaires sont caractérisés par des économies d'échelle et de gamme qui favorisent les banques disposant d'une très large base de clientèle »²⁰¹. De ce fait, « la taille des réseaux bancaires et leur puissance financière au niveau national consti-

197 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, art. 9§7.

198 Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 302.

199 R. Fabre et M. Dany, « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195.

200 Ibid.

201 Aut. conc., décision du 22 juin 2009, Caisse d'Épargne c/ Banque Populaire, n° 09-DCC-16, *Gaz. Pal.*, 2010, n° 50, p. 33, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 22, p. 9, note Brunet et Duprey, *Cont. conc. consom.*, 2009, n° 8, p. 22, note Bazex

tuent [...] des facteurs à prendre en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché des groupes bancaires »²⁰². Les deux groupes objet de l'opération de concentration ont bien évidemment une dimension nationale, voire internationale. Pour autant, le marché géographique pertinent ne peut être défini uniquement à un tel niveau, dans la mesure où « l'organisation de ces réseaux est décentralisée, de sorte qu'il existe une réelle autonomie en matière de politique commerciale au niveau régional dans un premier temps, puis au niveau de chaque agence, dans un second temps »²⁰³. Finalement, l'organisation du réseau est appréhendée par le truchement de la notion de marché pertinent et par référence au produit en cause. L'indépendance des distributeurs est l'un des éléments permettant une différenciation des prix à l'intérieur d'un secteur géographique déterminé²⁰⁴.

85. Un raisonnement similaire peut être décelé, a contrario, dans la décision Total / PétroFina²⁰⁵ de la Commission européenne. La Commission commence par rappeler les liens étroits qui unissent les pétroliers à leurs distributeurs (liens qui d'un point de vue strictement économique ne nous semblent pas diverger beaucoup des liens entre tête de réseau et distributeurs franchisés). La Commission indique que « *les parties à la concentration, comme la majorité des raffineurs de pétrole, distribuent des carburants à travers les réseaux de distribution à leur marque (les stations-service)* »²⁰⁶. C'est par conséquent à la clientèle de chacune de ces entités qu'il convient de s'intéresser. Or, « *le marché géographique pour la vente de carburants doit être avant tout défini par référence à la demande, constituée par les automobilistes qui s'approvisionnent en carburants dans les stations à proximité de leurs centres d'activités, sans parcourir de grandes distances. Par conséquent, la substituabilité entre stations d'approvisionnement s'avère, du côté de la demande, géographiquement limitée* »²⁰⁷. En l'espèce, la Commission ne ferme toutefois pas la porte à la définition d'un marché national, dans l'hypothèse où il serait démontré que « *les zones à prendre en compte pour une analyse concurrentielle pourraient regrouper plusieurs zones présentant un caractère interséquent* »²⁰⁸, ce qui implique nécessairement une couverture homogène et continue du territoire national.

B. La délicate appréciation du degré de concentration du marché

86. Assimilation ou dissociation des magasins franchisés ? L'arlésienne de l'indépendance relative des franchisés par rapport au franchiseur se retrouve encore dans l'analyse sur le fond des dossiers soumettant aux autorités une potentielle fusion entre deux réseaux. Les diverses décisions rendues quant à l'éventuelle acquisition

202 Ibid.

203 Ibid., n° 145.

204 V. notamment Comm. CE, 14 mars 2000, Volvo/Scania, n° COMP/M.1672.

205 Comm. CE, 26 mars 1999, Total / Pétrofina, n° COMP/M.1464

206 Ibid.

207 Ibid.

208 Ibid.

de Promodès par Carrefour sont à cet égard riches d'enseignements. La décision du Conseil de la concurrence du 3 mai 2000 relative à cette affaire offre une vision synthétique du débat. Analysant les effets de l'opération projetée sur la concurrence, le Conseil relève que « *les magasins aux enseignes Carrefour et Stoc constituent un ensemble qui n'a pas à être dissocié selon le statut juridique de ces magasins ; qu'en effet, si la société Carrefour ne détient pas de participation au capital des sociétés affiliées (Guyenne et Gascogne et Coop atlantique), des clauses contractuelles imposent aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Carrefour, en matière de communication publicitaire, d'assortiments obligatoires, y compris en produits à marque de distributeur et premiers prix, ainsi qu'en matière de prix de revente aux consommateurs ; qu'ainsi le groupe se comporte comme une entité unique, même si, d'un point de vue contractuel, les entreprises qui le composent ne constituent pas une structure intégrée* »²⁰⁹. À l'inverse, dans la même décision, le Conseil note que « *les magasins affiliés à la centrale Prodim exploités sous les enseignes Corsaire et Proxi ne peuvent être considérés comme constituant, avec les autres magasins exploités sous les enseignes de la société Promodès un seul et même ensemble ; qu'en effet ces magasins ont souscrit un engagement d'une durée de cinq années, reconductible tacitement, leur permettant, s'ils le souhaitent, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de grande consommation et qu'ils ne sont tenus qu'au paiement des commandes ; qu'ainsi, les accords passés avec la centrale ne limitent pas l'autonomie des magasins concernés dans la définition de leur politique commerciale envers le consommateur ; qu'en conséquence, aucune obligation n'étant prévue en matière de politique de prix ou de gammes des produits, les magasins affiliés à cette centrale ne peuvent être considérés comme constituant, avec les autres magasins du groupe, un seul et même ensemble* »²¹⁰. Ces considérants sont aujourd'hui explicitement repris par les lignes directrices élaborées par l'Autorité de la concurrence²¹¹.

87. On retrouve encore des références, quoique moins explicites, au mode d'organisation du réseau dans d'autres décisions des instances de contrôle de la concurrence. Ainsi, la Commission européenne, dans une décision concernant la fusion de chaînes de supermarchés autrichiennes²¹², se fonde sur le mode d'organisation du réseau pour apprécier le pouvoir de marché de ce dernier. L'autorité européenne constate ainsi que « *contrairement à ses principaux concurrents, [l'une des parties à la concentration] est une entreprise à succursales multiples et à direction centrale* »²¹³. Pour la Commission, ce mode d'organisation implique un pouvoir de marché plus important dans la mesure où « *les entreprises organisées uniquement en succursales multiples peuvent prendre des décisions importantes pour l'entreprise (notamment politique d'assortiment, politique de prix, campagnes publicitaires) de manière centralisée et les mettre en œuvre à bref délai*

209 Cons. conc., 3 mai 2000, Carrefour/Promodes, n° 00-A-06.

210 Ibid.

211 Aut. conc., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2009, n° 594.

212 Comm. CE, 3 février 1999, Rewe/Meinl, n° IV/M.1221 : JOCE, n° L 274 du 23/10/1999, p. 1.

213 Ibid., n° 49.

dans toutes leurs succursales »²¹⁴, tandis que « dans toutes les autres formes d'organisation, il n'est jamais possible de garantir une mise en œuvre complète des mesures chez tous les détaillants de la chaîne, car les exploitants de ces commerces de détail jouissent d'une indépendance beaucoup plus grande que les directeurs des filiales d'un groupe à l'organisation centralisée »²¹⁵. Et la Commission de conclure que « les entreprises à succursales multiples sont [donc] à même de réagir plus promptement et plus efficacement à des défis concurrentiels »²¹⁶.



88. En somme, il ressort de ces analyses que les autorités, tant nationales qu'euro-péennes, cherchent en matière de concentration à apprécier le degré d'indépendance économique du franchisé, en s'affranchissant du strict point de vue juridique et en utilisant la technique du faisceau d'indices. L'Autorité de la concurrence résume ce paradigme en précisant que « le pouvoir de marché d'un groupe de distribution doit s'apprécier en tenant compte des magasins exploités en franchise, quel que soit leur statut juridique, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport au franchiseur »²¹⁷. À ce rôle préventif du droit des concentrations, vient utilement s'ajouter le rôle curatif du droit des pratiques restrictives de concurrence, qui vise à libérer le franchisé des divers verrous qui pourraient lui être imposés par le franchiseur.

SECTION II. LE CONTRÔLE DE L'INDÉPENDANCE DU FRANCHISÉ

89. Affirmer contrôler la liberté du franchisé revient à s'assurer qu'il n'est pas emprisonné. Or, l'emprisonnement du franchisé dans le réseau peut passer par l'instauration de trois types de verrous à la sortie, que le droit de la concurrence voire le droit commun n'ont de cesse de déjouer. Il faut ainsi lutter contre les barrières temporelles (I), les barrières économiques (II) et les barrières juridiques (S3), savamment élaborées par les réseaux de franchise dont l'imagination est en la matière fort prolifique.

214 Ibid.

215 Ibid.

216 Ibid.

217 Aut. conc., décision du 29 avril 2009, Sté Noukat C/ Sté d'Exploitation Amidis & Cie, n° 09-DCC-04, *Rev. Lamy conc.*, 2019, n° 20, p. 17.

I. LE CONTRÔLE DES VERROUS TEMPORELS

90. La solution la plus primaire pour enfermer le franchisé au sein du réseau consiste à fixer un terme fort lointain à l'issue du contrat de franchise (A). D'autres mécanismes plus sournois, comme la multiplication des contrats permettent cependant d'arriver aux mêmes fins de façon plus subtile (B).

A. L'encadrement de la durée des contrats

91. **Risques inhérents aux contrats trop courts.** La durée du contrat de franchise relève a priori de la liberté contractuelle des parties, et principalement de celle du franchiseur. Un auteur explique ainsi que « *le franchiseur est libre de fixer la durée qui lui semble la plus en adéquation avec son modèle économique* »²¹⁸. La durée du contrat est en effet directement liée à l'importance économique des investissements que l'ouverture d'un point de vente nécessite. Ainsi, le Professeur Philippe Le Tourneau estime-t-il qu'il « *serait souhaitable – équitable pour dire vrai – que la durée initiale coïncidât toujours au minimum avec celle qui est nécessaire pour amortir les investissements effectués nécessités par le contrat* »²¹⁹. Cette corrélation se vérifie en pratique puisque, si les contrats de franchise sont en moyenne conclus pour une durée de cinq ans, leur durée moyenne est portée à vingt ans dans l'hôtellerie et la restauration où le coût des investissements est largement plus important²²⁰. De prime abord, le défenseur de la cause franchisée serait ainsi fortement tenté de conjurer la précarité de ces derniers en plaidant en faveur de contrats relativement longs, de sorte à s'assurer que les investissements initiaux pourront être amortis avant que ne se pose la question du (non) renouvellement du contrat²²¹. La préservation de l'équilibre contractuel imposerait donc l'allongement des contrats.

92. Toutefois, un tel allongement des contrats de franchise est-il respectueux de l'indépendance et de l'autonomie du franchisé ? Un contrat trop long ne risque-t-il pas de constituer une entrave à la concurrence comme étant un frein à la mobilité du franchisé ? Telles sont les questions dont s'est saisie l'Autorité de la concurrence dans un avis remarqué du 7 décembre 2010 concernant la distribution alimentaire. Si cet avis se concentre sur un secteur économique (la grande distribution) plus que sur un mode d'organisation juridique (les contrats d'affiliation dans ce secteur ne sont pas nécessairement des contrats de franchise au sens strict), ses conclusions paraissent pour la plupart pouvoir être reprises et généralisées. L'Autorité de la concurrence commence par rappeler les arguments traditionnellement avancés au soutien de durées d'engagement

218 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 462.

219 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 644.

220 Franchise Magazine, Dossier sur les fruits de la franchise, n° 171, 2002, p. 115 et s.

221 Pour un exemple de franchisé se plaignant de la trop courte durée du contrat au regard des investissements consentis, v. C.A. Versailles, 3 juin 2010, Sté Jourand Le Gall Immobilier c/ Sté Laforêt Immobilier, n° 07/04939.

relativement longues. Elle indique que ces durées sont à la fois une incitation à l'investissement pour le franchisé, de même qu'un gage de sécurité pour les organismes bancaires prêteurs²²². L'Autorité de la concurrence insiste en outre sur le fait qu'un contrat d'une durée relativement importante est gage de stabilité pour la tête de réseau, sécurisant ainsi ses volumes d'achats et la compétitivité de son approvisionnement²²³.

93. Effets pervers de l'allongement des contrats. Ce bref rappel des arguments classiques permet toutefois à l'Autorité de la concurrence de mieux les réfuter. Celle-ci remarque tout d'abord qu'il existe, dans le secteur de la distribution alimentaire, de grandes disparités quant aux durées d'engagement, lesquelles varient de 0 à 30 ans. Or, il n'est nullement établi que les investissements réalisés par les franchisés dans les réseaux présentant de faibles durées d'engagement soient plus faibles que dans les autres réseaux. C'est ainsi dire que l'importance de la durée du contrat n'est pas nécessairement une incitation à l'investissement²²⁴. Au reste, une telle durée peut s'avérer désastreuse en cas de détérioration des relations entre franchiseur et franchisé. Enfin, l'Autorité démontre que, dans le secteur de la grande distribution alimentaire, les investissements spécifiques – c'est-à-dire ceux qui seraient perdus et devraient être remplacés en cas de changement d'enseigne – sont finalement relativement modestes²²⁵.

94. En somme, l'Autorité de la concurrence conclut que dans « *des durées d'engagement trop longues entraînent des effets restrictifs de concurrence, tant sur le marché amont de l'approvisionnement des magasins que sur le marché aval de la revente de ces biens aux consommateurs. Un raccourcissement de la durée des contrats faciliterait la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes, abaisserait les barrières à l'entrée et renforcerait la concurrence entre les groupes de distribution* »²²⁶. L'avis propose ainsi que la durée des contrats soit limitée à cinq ans, tout en évitant l'insertion de clauses de tacite reconduction²²⁷.

95. Cette recommandation de l'Autorité de la concurrence n'est pas restée sans suite : le changement de l'enseigne Champion par le groupe Carrefour avait été l'occasion pour cette dernière d'introduire diverses modifications dans ses contrats d'affiliation, parmi lesquelles un allongement de la durée qui était portée à 7 ans. Les sociétés franchisées ont alors saisi l'Autorité de la concurrence, estimant être victime d'un abus de dépendance économique. À la suite de cette procédure, le groupe Carrefour a été contraint de modifier la durée de ces contrats pour la ramener à 3 ans²²⁸, renouvelables

222 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26

223 Ibid., n° 129 et s.

224 Ibid., n° 127.

225 Ils seraient, d'après les calculs de l'Autorité de la concurrence, amortis entre deux et cinq ans après la conclusion du contrat.

226 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26.

227 Ibid., n° 222. Cette proposition s'inscrit dans le droit fil de la décision du Conseil de la concurrence du 28 juillet 2005 (Cons. conc., 28 juillet 2005, secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, n° 05-D-49).

228 A. Meese, « Price Theory and Vertical Restraints : A Misunderstood Relation », *UCLA L. Rev.*, no 45, p. 143.

par tacite reconduction. La position de l'Autorité de la concurrence en matière de distribution alimentaire est-elle toutefois transposable et généralisable à l'ensemble des contrats de franchise, quitte à méconnaître l'article 1134²²⁹ ?

96. Raccourcissement généralisé ? Assurément, la réponse paraît devoir être négative, tant l'avis de 2010 et plus encore la décision de 2011 visent un secteur particulier. Les barrières à l'entrée du fait des règles propres au foncier commercial ainsi que la situation particulière de ce marché justifient probablement l'attention particulière portée par l'Autorité de la concurrence²³⁰. De telles solutions paraissent difficilement transposables à des secteurs économiques moins oligopolistiques, sans grandes barrières à l'entrée et où les investissements spécifiques sont proportionnellement plus onéreux. Il semble donc particulièrement illusoire d'entendre fixer une durée maximale, applicable à l'ensemble des contrats de franchise. De même, le traitement parcellaire et spécifique réservé à certains domaines économiques comme l'implique l'avis de 2010²³¹ peut être regrettable. Sans doute est-il plus sage de prévenir les abus, qui ne peuvent être constatés que cas par cas, tout en préservant le principe évoqué en tête de ces développements selon lequel la durée du contrat est librement fixée par les parties, au regard notamment des investissements réalisés par le franchisé. De ce point de vue, l'abus de dépendance économique, véritable « bonne à tout faire » du droit économique, offre un instrument de contrôle suffisamment efficace des situations qui méconnaîtraient de façon trop flagrante cet équilibre pour qu'il ne soit pas nécessaire d'intervenir par voie générale et abstraite. Ce d'autant plus que la durée du contrat de franchise n'est pas, en tant que telle, le principal facteur de perte d'indépendance du franchisé. L'enchevêtrement des divers contrats est souvent un mécanisme d'enfermement bien plus sournois et efficace.

B. L'encadrement du décalage dans le temps des contrats

97. Multiplication et enchevêtrement des contrats. L'étude de terrain menée par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'avis du 7 décembre 2010 lui a permis de constater que les relations entre la tête de réseau et ses affiliés étaient quasi systématiquement formalisées dans un ensemble contractuel complexe²³² qui n'a de limite que l'imagination du franchiseur. Ainsi, s'enchevêtre souvent un contrat de franchise à proprement parler, avec un contrat d'adhésion au groupement coopératif, un contrat d'approvisionnement, le contrat de bail commercial, des pactes d'associés, etc. Un tel enchevêtrement est nécessairement source d'opacité et d'insécurité juridique. Il peut, en tant que tel, nuire à l'indépendance du franchisé qui ne pourra

229 N. Dissaux, « Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire », note sous Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, *JCP G*, 2011, 77, p. 315.

230 Ibid., n° 66 et 222.

231 Lequel a failli recevoir l'onction législative par le biais du projet de loi Lefebvre, toutefois abandonné à l'occasion du changement de majorité.

232 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26.

que difficilement connaître l'étendue précise de ses droits et obligations. Ainsi, « à l'instar de l'accord commercial unique visant à régir les relations entre le fournisseur et le distributeur prévu à l'article L.441-7 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence recommande aux opérateurs de formaliser les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord-cadre unique complété, le cas échéant, d'un ou plusieurs contrats d'application »²³³.

98. Pis encore, la multiplication des contrats induit souvent un décalage dans le temps (de par des dates de signature différentes ou des durées variées) qui rendent impossible – ou à tout le moins fort onéreux²³⁴ – tout projet de quitter le réseau. Un effet strictement identique est en outre obtenu lorsqu'un franchisé possède plusieurs points de vente dont les contrats de franchise arrivent à échéance à des dates différentes, tout en étant liés pour chacun par une obligation de non-concurrence contractuelle. Bien évidemment, la technique contractuelle permet, notamment par le biais de clauses résolutoires croisées, de lutter contre de tels effets de chevauchement et de décalage²³⁵. On ne peut cependant nier que le but de la tête de réseau est parfois de les favoriser afin d'accroître son emprise sur les franchisés. Faut de bénéficiaire, comme en droit de la consommation, de l'interdépendance des divers contrats²³⁶, la protection du franchisé contre ce type d'abus peut passer par la prohibition de l'abus de dépendance économique dont l'analogie avec les règles consuméristes est ici frappante. La notion émergente d'ensemble contractuel²³⁷ est également susceptible d'être sollicitée, la jurisprudence admettant depuis 2003 que des « conventions interdépendantes conclues en vue de la même opération économique form [ent] un ensemble contractuel indivisible »²³⁸. Une telle qualification autorise alors à prononcer « la mort d'un contrat viable »²³⁹ et donc à éviter les effets pervers de ces décalages temporels²⁴⁰.

233 Ibid., n° 213.

234 Par le biais notamment de l'application des clauses pénales en cas de rupture anticipée de ces différents contrats qui, devant être rompus simultanément, ne peuvent l'être à l'arrivée du terme de chacun d'eux.

235 En pareil cas, le décalage dans le temps des divers contrats est au contraire extrêmement favorable au franchisé, lequel a la possibilité de sortir du réseau dès que l'un des divers contrats arrive à terme. V. en ce sens M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 12.

236 Laquelle est prévue, en matière de crédit, par le Code de la consommation aux articles L. 312-15 et suivants.

237 Sur cette notion, v. B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975.

238 Cass. Civ., 13 novembre 2003, Foncière Paris Aquitaine, n° 02-10.229, *D.*, 2004, p. 657, note Najjar.

239 S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007, n° 379.

240 Cette notion est toutefois vivement contestée en doctrine, d'aucuns estimant que celle-ci est un faux concept, aux fondements particulièrement contestables (v. notamment J. Boulanger, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques », *RTD civ.*, 1950, no 1, p. 1).

II. LE CONTRÔLE DES VEROUS ÉCONOMIQUES

99. Les barrières financières consistent à dissuader le franchisé de sortir du réseau en faisant en sorte qu'une telle prise d'autonomie engendre un coût financier dissuasif. Sont utilisés à cette fin les droits d'entrée à paiement différé (A), ainsi que dans une moindre mesure, les pactes de préférence (B).

A. Le droit d'entrée à paiement différé

100. **Frais de résiliation détournés.** Là encore, le parallélisme entre droit de la concurrence et droit de la consommation est particulièrement frappant. On se souvient qu'un opérateur de téléphonie avait été sanctionné par le Tribunal de grande instance de Paris qui avait estimé illicite la pratique des « frais d'activation à perception différée ». Ce faisant, l'opérateur de téléphonie facturait des frais d'activation de ligne à la résiliation du contrat. L'opérateur y avait vu un moyen de contourner les dispositions législatives de la loi Chatel prévoyant la résiliation sans frais sous certaines conditions²⁴¹. Le Tribunal de grande instance avait toutefois estimé que les « *frais d'activation à perception différée, qui ne sont dus que pour une durée d'abonnement inférieure à 32 mois, et en proportion de la durée d'abonnement, sont des frais de résiliation détournés* »²⁴² et avait sanctionné cette pratique sur le terrain des clauses abusives à la demande de l'UFC Que Choisir.

101. Certains franchiseurs s'inspirent d'une technique exactement similaire en mettant en place des droits d'entrée à paiement différé qui ont en pratique une incidence strictement identique à celle d'un droit de sortie²⁴³. Un auteur propose de rapprocher de cette pratique celle des remises de fin d'année conditionnées à la persistance de l'enseigne au 31 décembre²⁴⁴ qui ont un effet identique. En effet, comme le remarque le Professeur Martine Béhar-Touchais, « *si le contrat de franchise a été conclu en janvier et n'est pas renouvelé, la perte n'est pas grande. Mais si le contrat de franchise a été conclu fin novembre, le franchisé perd, en ne renouvelant pas le contrat, le bénéfice d'une RFA [remise de fin d'année] de onze mois sur laquelle il comptait faire tout ou partie de sa marge* ».

241 Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, art. 17. Un article L. 121-84-7 du Code de la consommation est notamment créé par cette loi, lequel dispose en son deuxième alinéa que « *le fournisseur de services ne peut facturer au consommateur, à l'occasion de la résiliation, que les frais correspondant aux coûts qu'il a effectivement supportés au titre de la résiliation, sans préjudice, le cas échéant, des dispositions contractuelles portant sur le respect d'une durée minimum d'exécution du contrat* ».

242 T.G.I. Paris, 22 mars 2011, Free c/ UFC Que Choisir, n° 09/18791.

243 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26.

244 M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 8.

102. Le législateur s'était saisi de la question et proposait d'insérer dans le Code de commerce un article L. 340-4²⁴⁵ ainsi rédigé visant à lutter contre de telles pratiques. Le projet n'ayant jamais vu le jour, c'est à la jurisprudence qu'il conviendra, le cas échéant, d'apporter une réponse à ce type de pratique. L'Autorité de la concurrence a toutefois jeté les fondements de leur sanction sur le terrain de l'abus de dépendance économique.

B. Le pacte de préférence

103. **Position contestable de l'Autorité de la concurrence.** L'Autorité de concurrence, dans l'avis précité, semblait considérer que le pacte de préférence dont serait créancier le franchiseur sur le fonds de commerce du franchisé serait un obstacle à la mobilité et à l'indépendance de ce dernier. L'Autorité indique ainsi que « *les droits de préemption qui prévoient la possibilité pour la tête de réseau bénéficiaire de s'aligner sur les conditions du meilleur acheteur, et de conclure ainsi la vente, organisent au profit du groupe de distribution bénéficiaire une asymétrie dans la négociation du rachat de ses magasins affiliés en lui permettant de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins être rachetés par des concurrents* »²⁴⁶. Une telle clause serait de nature à dissuader les réseaux concurrents de formuler une offre qui n'aurait que peu de chances d'aboutir. Cette critique peine à emporter une totale conviction. Comme le note le Professeur Martine Béhar-Touchais, « *le pacte de préférence n'est une barrière à la sortie que si le franchisé n'est pas assuré de recevoir un juste prix pour la vente de son fonds de commerce* »²⁴⁷. Or, on ne comprend pas comment tel pourrait être le cas si le droit de préférence du franchiseur l'oblige à s'aligner sur l'offre la mieux-disante. Plus problématiques pourraient en revanche être les pactes de préférence qui fixent, à l'avance et dès la signature du contrat de franchise, la valeur de rachat du fonds. Mais une telle pratique pourrait alors très probablement être utilement sanctionnée sur le fondement de l'abus de dépendance économique.

245 Le projet de loi « renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs » transmis par le sénat pour une seconde lecture par l'assemblée nationale le 23 décembre 2011 prévoyait dans son article 1^{er} que « *Lorsqu'une convention d'affiliation prévoit le versement de sommes constituant une condition préalable à l'établissement ou au renouvellement de la relation commerciale, le document unique mentionne la possibilité d'acquitter ces sommes soit en totalité au moment de la signature du contrat, soit en plusieurs versements, les versements dus au titre de la dernière année ne pouvant excéder 20 % du total de ces sommes. En cas de non-respect du présent article, les sommes dues à ce titre ne sont, d'ordre public, exigibles que dans la limite de 10 % par an de leur montant nominal initial, tel qu'il figure dans la convention d'affiliation* ».

246 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26.

247 M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 24.

III. LE CONTRÔLE DES VEROUS JURIDIQUES

104. Les barrières juridiques sont sans doute les plus redoutables, dans la mesure où elles permettent au franchiseur de contrôler directement la sortie du franchisé, là où les entraves temporelles ou économiques ne permettent que de dissuader celui-ci de le faire. Pour entraver la sortie de leurs franchisés, les réseaux peuvent être tentés de recourir à la création de liens capitalistiques (A) ou à la stipulation de clauses d'enseignes (B).

A. La création de liens capitalistiques

105. Étudiant les possibilités d'émancipation d'un franchisé, le Professeur Martine Béhar-Touchais propose d'opérer une distinction entre ce qu'elle désigne comme les « franchises non participatives » et les « franchises participatives »²⁴⁸. Dans ces dernières, le franchiseur est titulaire de droits sociaux – parfois dans des proportions très minoritaires – au sein de la société franchisée. Si la validité d'un tel montage n'a jamais été expressément consacrée par les tribunaux, il paraît difficile d'en plaider l'illicéité de principe²⁴⁹. Il résulte néanmoins de cette pratique, au-delà des liens contractuels, des liens capitalistiques souvent bien plus difficiles à briser. Un tel montage est en effet de nature à gêner considérablement (1), voire à rendre totalement impossible tout changement d'enseigne du franchisé (2).

1. La difficulté à changer d'enseigne dans le cadre d'une participation minoritaire classique

106. La simple prise de participation minoritaire du franchiseur au capital de la société franchisée n'est pas, par elle-même, de nature à paralyser tout changement d'enseigne, qui demeure un choix de gestion de l'entreprise franchisée ne nécessitant aucunement une décision unanime des associés. Affleure toutefois le problème du devenir de la participation du franchiseur au capital du franchisé passé sous « pavillon ennemi ». Comme le souligne le Professeur Martine Béhar-Touchais, « *il est peu envisageable de devenir franchisé d'une autre enseigne, tant que le franchiseur de l'ancienne est encore associé de la société franchisée* »²⁵⁰. La logique commanderait donc que le franchiseur averti du changement d'enseigne de son franchisé cède immédiatement ses parts. Idéalement, il devrait en être ainsi, mais rien toutefois ne permet de contraindre la tête de réseau à une telle cession. Que faire face à son refus d'y consentir ?

248 Ibid.

249 V. toutefois, B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, 2012, 1671, qui s'interroge : « *si l'indépendance du franchisé est une condition essentielle de la relation de franchise, est-il concevable que le franchiseur détienne une part significative du capital social de la société franchisée* » ?

250 M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 25.

107. Devenir des parts du franchiseur. La Cour de cassation refuse clairement la possibilité aux juges du fond de contraindre un associé à céder ses parts. La Haute juridiction constate en effet « *qu'aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7-5 du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter* »²⁵¹. Le droit positif laisse toutefois la place à l'existence d'une clause statutaire permettant l'exclusion²⁵², mais l'on peut douter que le franchiseur accepte l'insertion d'une telle stipulation dans les statuts de la société de son franchisé. Une lueur d'espoir et la perspective d'un assouplissement pour les franchisés pourrait venir de l'arbitrage. Dans un arrêt du 16 septembre 2010, la Cour d'appel de Grenoble statuant dans le cadre d'un recours contre une sentence arbitrale a en effet entériné l'exclusion d'un franchiseur du capital de la société franchisé. Les arbitres avaient, pour motiver leur sentence, estimé qu'il existait une volonté implicite des associés « *de faire dépendre leur participation dans le capital de la société au maintien des relations contractuelles de distribution* »²⁵³. Pour la Cour d'appel de Grenoble, une telle motivation – quoique contraire au droit positif – ne viole pas l'ordre public sociétaire. Sauf à bénéficier de la bienveillance d'un tribunal arbitral, le franchisé engagé dans une franchise participative n'aura cependant bien souvent d'autre choix que de procéder à la dissolution de sa société s'il veut rejoindre une enseigne concurrente. La situation peut cependant être encore plus délicate dans l'hypothèse où les droits sociaux conférés au franchiseur lui octroient des prérogatives particulières.

2. L'impossibilité de changer d'enseigne dans le cadre d'une participation minoritaire « de préférence »

108. Prérogatives spéciales accordées au franchiseur. Les parts ou actions propriété du franchiseur peuvent être assorties de prérogatives particulières, comme celle de bloquer toute décision stratégique concernant le changement d'enseigne. Ce faisant, une seule part sociale peut suffire à la tête de réseau pour emprisonner totalement le franchisé. Une doctrine autorisée constate que la contrepartie d'un tel montage est que le franchiseur doit alors être nécessairement considéré comme contrôlant le franchisé au regard du droit des concentrations²⁵⁴. En dépit du rôle dissuasif et pré-

251 Cass. Com., 12 mars 1996, SNC Nollet c/ Salon, n° 93-17.813, *JCP E*, 1996, II, 831, note Paclot, *Dr. soc.*, 1996, comm. 96, note Bonneau, *RTD civ.*, 1996, p. 987, obs. J. Mestre, D. 1997, jurispr. p. 133, note Langlès. Il a toutefois pu exister quelques hésitations jurisprudentielles sur la question et l'on dénombre un certain nombre de décisions des juges du fond ayant accepté une telle exclusion (v. par exemple C.A. Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, II, p. 423, note Fontbressin, *LPA*, 1989, n° 65, p. 26, *RTD com.*, 1989, p. 683, *JCP E*, 1989, II, 15677).

252 C.A. Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.*, 1985, p. 372, note Mestre ; C.A. Rouen, 8 février 1974, *Rev. sociétés*, 1974, p. 507, note Rodière *RTD com.*, 1974, p. 291, obs. Houin ; Cass. Civ., 10 avril 1954, *D.*, 1954, p. 54 ; Cass. Req., 16 novembre 1943, *S.*, 1944, 1, p. 15, note Picard.

253 C.A. Grenoble, 16 septembre 2010, SA ITM Entreprises c/ Dubois, n° 10/00062, *JurisData* n° 2010-030228, *Dr. sociétés*, 2011, comm. 125, note Coquelet.

254 M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 26. V. infra, n° 60 et s.

ventif que peut jouer le droit des concentrations, il ne sera que d'un maigre secours au franchisé victime d'une telle situation. La libération du franchisé passe alors peut-être par le recours à des règles classiques du droit des sociétés, afin d'éviter que ce dernier ne soit « instrumentalisé »²⁵⁵ à des fins restrictives de concurrence. Deux voies peuvent ainsi être envisagées, en dehors du recours à l'abus de dépendance économique : d'une part la requalification de l'opération dans son ensemble ou à tout le moins du rôle du franchiseur **(a)**, d'autre part la sanction des comportements abusifs du franchiseur, associé minoritaire **(b)**.

a. La franchise participative requalifiée

109. Requalification en mandat ou contrat de travail. La doctrine met en garde les franchiseurs souhaitant recourir à la franchise participative contre le risque éventuel de requalification de leur relation avec les franchisés. Plusieurs voies peuvent en effet être ouvertes au franchisé pour tenter de faire reconnaître que la participation du franchiseur au capital de sa société exclut toute indépendance de sa part. Ainsi, le Professeur Bruno Dondero estime qu'en présence d'une influence trop pressante du franchiseur sur le franchisé, ce dernier pourrait bien n'être qu'une filiale de la société du franchiseur. De la sorte, « *il n'y aura plus lieu à reconnaissance d'une relation de franchise, mais, par exemple, à la reconnaissance d'un mandat* »²⁵⁶, donné à une filiale du groupe²⁵⁷. La requalification en mandat semble néanmoins délicate au seul motif de l'existence de liens capitalistiques entre le franchisé et le franchiseur. Les rares décisions ayant requalifié un contrat de franchise en mandat s'attachent à établir l'absence totale d'indépendance du franchisé, réputé agir au nom et pour le compte du pseudo-franchiseur²⁵⁸. Poussé à l'extrême, le raisonnement pourrait toutefois conduire à la reconnaissance d'un véritable lien de subordination entre le franchisé et le franchiseur et à la requalification du contrat en relation de travail²⁵⁹.

110. Franchiseur dirigeant de fait. De façon moins extrême et à supposer que le franchiseur, grâce à la prise de participation minoritaire, conserve un contrôle étroit sur la marche de l'entreprise franchisée, il n'est pas impossible que ce dernier puisse être qualifié de dirigeant de fait. Une telle qualification recoupe, selon la Cour de cassation, l'hypothèse dans laquelle un tiers exerce « *une influence certaine sur la marche et la conduite de la société* »²⁶⁰ aux lieu et place de ses représentants

255 B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, 2012, 1671.

256 Ibid., n° 39.

257 A la différence du franchisé, le mandataire exerce naturellement au nom du mandant. Pour une illustration des hésitations qui peuvent entourer la qualification de de franchise ou de mandat, v. C.A. Lyon, 26 octobre 2006, JurisData n° 2006-320959 ou C.A. Paris, 18 juin 2003, SA Mignan et frères c/ Sté Zannier, n° 2003-225468, *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 2, comm. 19, note Leveneur.

258 C.A. Paris, 18 juin 2003, SA Mignan et frères c/ Sté Zannier, n° 2003-225468, *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 2, comm. 19, note Leveneur

259 Sur cette question abordée sous l'angle des prix imposés, v. n° 134 et s.

260 Cass. Com., 12 juillet 2005, Jean-Pierre X... c/ Ministère Public, n° 03-14.045, *Dr. soc.*, 2005, comm. 175, obs. Legros, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 22, note Saintourens, *JCP G*, 2006, I, 115, n° 8, obs. Caussain, Deboissy Wicker, D., 2005, act. jurispr., p. 2071, obs. Lienhard, *Rev. soc*, 2006, p. 163, note Lucas, *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 3719, obs. D. Voinot, *JCP E*, 2006, 1066, obs. Pétel.

légaux²⁶¹. Le contentieux sur cette question est abondant en matière de franchise, et n'a pas attendu les affres de la franchise participative pour se développer. Il est ainsi possible d'avoir d'ores et déjà quelques éléments d'appréciation. Est ainsi considéré comme dirigeant de fait de l'entreprise franchisée le franchiseur qui détient les documents comptables, sociaux et bancaires de la société franchisée, détient la signature de celle-ci, établit ses déclarations fiscales et contrôle l'embauche du personnel²⁶². Est encore considéré par la jurisprudence comme un dirigeant de fait, le franchiseur qui s'autorise à licencier un employé du franchisé et à augmenter d'autres salariés²⁶³. De façon moins caricaturale, il existe également un lien entre pratique des prix imposés et requalification du franchiseur en tant que dirigeant de fait, comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 14 mai 1992²⁶⁴.

111. La qualification de dirigeant de fait est particulièrement évocatrice et répond bien à la problématique de l'influence que peut exercer le franchiseur sur son « franchisé participatif ». Il n'en demeure pas moins que cette qualification n'a d'intérêt et ne permet d'aboutir à une sanction que dans l'hypothèse où le franchiseur aura commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif²⁶⁵. Elle ne peut donc être utilisée pour protéger l'indépendance du franchisé dans la marche normale de son entreprise. De ce point de vue, l'abus de minorité reste, en droit commun, l'arme la plus efficace.

b. Le franchiseur abusant de sa participation minoritaire

112. L'abus de minorité est une notion bien connue en droit des sociétés qui n'est qu'un développement de celle plus générale d'abus de droit²⁶⁶. Traditionnellement, on considère que l'abus de minorité suppose la réunion de deux éléments : une atteinte à l'intérêt social et le dessein des minoritaires de favoriser leurs intérêts propres au détriment de ceux des autres associés²⁶⁷. Il n'est ainsi pas rare que les associés minoritaires d'une société entendent, par absentéisme ou par un vote négatif, bloquer tout changement statutaire. Dans l'hypothèse où le changement d'enseigne nécessite l'accord du franchiseur – soit que l'enseigne figure dans les statuts ou que ces derniers nécessitent une majorité renforcée pour sa modification –, on perçoit bien tout l'intérêt qu'une

On notera la terminologie fort proche de celle utilisée en matière de droit des concentrations qui fait pour sa part référence à l'influence déterminante. V. supra n° 49 et s.

261 Sur cette notion, v. D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.*, 1996, no 1, p. 24 et de façon plus générale, L. Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, n° 49.

262 Cass. Com., 9 novembre 1993, Beylstein Rousselet Michel et Cie c/ époux X... n° 91-18.351, *JCP G*, 1994, II, 22304 note Virassamy, *Rev. sociétés*, 1994, p. 322, note Le Tourneau.

263 Cass. Com., 9 juillet 1980, *BRDA*, 1980, n° 23, p. 12.

264 C.A. Rouen, 14 mai 1992, *JurisData* n° 1992-048824.

265 Article L. 651-2 du Code de commerce modifié par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010.

266 V. P. Merle, « L'abus de minorité », *RJ com.*, 1991, no spécial, p. 81 ; M. Boizard, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés*, 1988, p. 365. ; P. Le Cannu, « L'abus de minorité », *Bull. Joly Sociétés*, 1986, p. 429 ; A. Couret, « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 112.

267 A. Constantin, « La tyrannie des faibles ; de l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003.

telle politique de la chaise vide peut avoir pour le promoteur du réseau. En pareille hypothèse, les conditions de l'abus de minorité sont-elles remplies ? Il semble difficile de soutenir le contraire : l'impossibilité de tout changement d'enseigne heurte nécessairement l'intérêt social, sauf à soutenir que le franchisé aspire à changer de réseau par pur masochisme. De même, cette paralysie sert d'évidence les intérêts du franchiseur qui conserve ainsi le franchisé dans son réseau, ce qui lui permet de ne rien modifier à l'organisation géographique de celui-ci tout en continuant de percevoir les redevances du franchisé. Toute prise de participation minoritaire et tout conflit entre le franchiseur et le franchisé ne sont cependant pas synonymes d'abus de minorité. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu estimer que « *la souscription par un franchiseur d'une minorité de blocage dans une société alliée ne constitue pas une pratique exorbitante de droit commun, car elle permet de contrôler les cessions dans le droit fil des dispositions législatives sur les sociétés à responsabilité limitée, visant notamment les modifications statutaires. Il ne saurait donc être reproché à cette société alliée d'avoir abusé de sa minorité de blocage en refusant d'agréer une cession de parts* »²⁶⁸. Ce faisant, l'abus de minorité autorise une appréciation cas par cas – à l'instar de celle effectuée sous le prisme de la dépendance économique – et apparaît parfaitement à même de lutter contre d'éventuelles restrictions de concurrence engendrées par la franchise participative. Reste toutefois qu'il faudra une certaine dose d'audace et de courage pour le franchisé qui devra alors assigner celui qui n'est rien de moins que son franchiseur et son associé... La prise de participation minoritaire a alors un effet davantage psychologique et dissuasif que juridique.

113. Coup d'arrêt jurisprudentiel. Les derniers dénouements jurisprudentiels peuvent toutefois conduire à penser que la franchise participative vit peut-être ces dernières heures. Comme l'a écrit un auteur²⁶⁹, celle-ci a effet subit un « coup dur » par un arrêt rendu le 30 mai 2012 par la Cour de cassation au visa de l'article 1844-10, alinéa 2, du Code civil, ensemble les principes de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence²⁷⁰. En l'espèce, une clause des statuts de la société franchisée donnait compétence à l'assemblée générale extraordinaire pour statuer sur un non-renouvellement du contrat de franchise. Or, le franchiseur possédait la nue-propriété de 34 % des actions, c'est-à-dire une minorité de blocage en pareil cas. La Cour d'appel avait estimé qu'une telle clause ne contrevenait « *ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou des engagements perpétuels* »²⁷¹. Elle est censurée par la Cour de cassation faute d'avoir recherché « *si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait la [filiale du franchiseur], n'avait pas pour objet ou pour effet de*

268 C.A. Paris, 29 juin 1993, Lavidis c/ Promodes, JurisData n° 1995-021899.

269 B. Dondero, « Coup dur pour la franchise participative ! », note sous Cass. Com., 30 mai 2012, *JCP E*, 2012, 1641.

270 Cass. Com., 30 mai 2012, Sté Lioser c/ Sté ITM région parisienne, n° 11-18.024, JurisData n° 2012-011526, *JCP E*, 2012, 1641, note Dondero, *D.*, 2012, p. 2717, note Constantin, *D.*, 2013, p. 732, note Ferrier, *JCP E*, 2013, n° 15, p. 38, note Mainguy.

271 Ibid.

porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence »²⁷². Même s'il est trop tôt pour le dire, cet arrêt pourrait bien ressembler à un arrêt de règlement, signant la mort de la franchise participative²⁷³ (à tout le moins lorsqu'elle est utilisée comme un moyen d'enfermement du franchisé dans le réseau), à l'instar de ce qu'avait pu décider la Cour de cassation pour les clauses d'enseigne.

B. La stipulation de clauses d'enseigne dans le bail

114. Un mécanisme de verrouillage tout aussi efficace peut être obtenu par la stipulation d'une clause d'enseigne lorsque le franchiseur est également propriétaire du local où le franchisé exploite son commerce et cumule sa qualité de franchiseur avec celle de bailleur. La liberté contractuelle semble de prime abord autoriser le bailleur-franchiseur à stipuler une clause obligeant son preneur-franchisé à n'exploiter dans les lieux loués que sous une enseigne déterminée, celle de son propre réseau.

115. **Sanction jurisprudentielle.** Débiteur d'une telle obligation, le franchisé qui souhaiterait s'émanciper n'a pas d'autre solution que de déménager son commerce. Autant dire que son indépendance vis-à-vis du franchiseur est alors fort réduite. Une telle pratique est cependant aujourd'hui fermement sanctionnée par la Cour de cassation au regard du statut des baux commerciaux. La Haute juridiction estime que « *l'obligation imposée au preneur d'exercer son activité sous telle enseigne précise ne lui permettait pas de faire valoir son droit à déspecialisation partielle, par adjonction d'activités connexes ou complémentaires* »²⁷⁴ et répute non écrites de telles clauses. Le fondement de cette décision a pu être critiqué par une doctrine autorisée, le Professeur Philippe Le Tourneau relevant que « *la déspecialisation est fondée sur la notion d'activité et non sur la notion d'enseigne* »²⁷⁵. Si, d'un point de vue technique, la critique est parfaitement justifiée, on ne peut cependant qu'approuver la solution de la Cour de cassation consistant en la prohibition de telles clauses. Peut-être pourrait-on suggérer que l'éradication de la clause se fasse sur un fondement différent, tel que l'abus de dépendance économique. Ce fondement peut paraître d'autant plus approprié que, dans sa décision de principe du 12 juillet 2000, la Cour de cassation avait pris soin de relever l'imbrication du contrat de bail et du contrat de franchise. Il s'agit donc davantage de prendre en compte la puissance économique globale de la tête de réseau sur le franchisé que d'un problème spécifique au seul contrat de bail.

272 Ibid.

273 V. pour une analyse très critique de cette solution A. Constantin, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat de société : défiance et illustration », *D.*, 2012, p. 2717.

274 Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, Sté Comptoirs modernes économiques de Rennes c/ Sté La Palière distribution, n° 98-21.671, JurisData n° 2000-002876 : *Bull. civ.* III, n° 139, *Administrer*, 2000, n° 11, p. 28, note Barbier, *D.*, 2000, p. 399, obs. Monéger-Dupuis, *RTD com.*, 2000, p. 871, obs. Monéger, *AJDI*, 2000, p. 926, obs. Blatter, *Loyers et copr.*, 2001, comm. 10, obs. Brault.

275 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 450.



116. Parvenus au terme de cette section, il semble possible d'affirmer que la lutte prétorienne contre les mécanismes attentatoires à l'indépendance du franchisé est relativement efficace. Le droit commun offre – par le truchement de l'abus de droit, du statut des baux commerciaux, ou encore du droit des sociétés – des instruments efficaces de lutte contre les clauses les plus préjudiciables à la liberté du franchisé. Lorsque ces mécanismes de rappels parviennent à être déjoués, la prohibition de l'abus de dépendance économique peut alors devenir une alternative fort intéressante. Au final, l'indépendance du franchisé nécessite une vigilance permanente des juges du fond, dont la lutte est cependant loin d'être vaine. L'imagination de la pratique est néanmoins foisonnante : les atteintes à la liberté du franchisé peuvent résulter de mécanismes aussi divers que la multiplication des contrats, la combinaison de certaines clauses ou la création de liens capitalistiques. Une appréciation topique de l'impact de chacun de ces mécanismes est indispensable pour évaluer, cas par cas, l'atteinte à la liberté de gestion et à la liberté d'entreprendre qui en résulte. Aussi, il paraît possible d'affirmer avec le Professeur Martine Béhar-Touchais que toute solution à vocation générale serait vaine dans la mesure où « *il y a des franchisés libres et des franchisés qui le sont moins* »²⁷⁶. S'il semble logique de protéger ces derniers, « *laissons les autres faire librement leurs choix commerciaux, dans le respect du droit des pratiques anticoncurrentielles* »²⁷⁷.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

117. **La liberté du franchisé, leitmotiv du droit de la concurrence.** L'indépendance du franchisé n'est ainsi acquise que de haute lutte par le droit de la concurrence. L'approche de ce dernier n'est toutefois pas foncièrement défavorable à la franchise, et l'étude du droit des concentrations a au contraire permis de démontrer qu'il existait une sorte de présupposé favorable à ce mode de distribution. Il est en effet communément admis que la conclusion d'un contrat de franchise n'est pas assimilable, en tant que telle, à une opération de concentration entre entreprises. Les autorités de la concurrence estiment en effet que rien ne permet, a priori, de considérer qu'un franchiseur possède sur son franchisé une influence déterminante de nature à lui permettre d'influer sur la marche de l'entreprise franchisée. Loin d'être un vœu pieux, pas plus qu'une prétention de principe, cette assertion est en vérité un réel leitmotiv pour le droit de la concurrence. La préservation de la liberté et de l'autonomie du franchisé

276 M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 27.

277 Ibid.

constitue l'un des axes majeurs de l'intervention du droit de la concurrence sur le contrat de franchise, ce de sa conclusion à son exécution.

118. Préservation ab initio. Dès sa conclusion en effet, la présomption favorable posée par le droit des concentrations est susceptible d'être renversée. Ainsi, lorsque la conclusion d'un contrat de franchise s'accompagne de prises de participations ou d'acquisitions d'actifs au sein de la société franchisée, rien n'interdit de considérer que la tête de réseau acquiert ainsi une influence déterminante sur son franchisé. Rien n'interdit de penser que l'opération puisse de la sorte être requalifiée en opération de concentrations entre entreprises. Le droit des concentrations apparaît ainsi comme un premier mécanisme de rappel tendant à la préservation de la liberté de gestion et d'exercice du franchisé. Si l'influence du droit des concentrations demeure, à l'heure actuelle, relativement modeste sur le plan des relations entre les parties au contrat, il nous semble que celle-ci est amenée à s'intensifier, à raison notamment des modalités d'appréciation du marché pertinent et de l'abaissement des seuils de contrôle.

119. Préservation a posteriori. Pendant l'exécution du contrat par ailleurs, les autorités de la concurrence luttent de façon pragmatique contre tout mécanisme aliénant. À cet égard, l'avis du 7 décembre 2010²⁷⁸ rendu par l'Autorité de la concurrence concernant le secteur de la distribution alimentaire est particulièrement symptomatique et riche d'enseignements. Ce qui frappe tout d'abord est l'incroyable diversité des mécanismes juridiques appréciés par l'autorité et considérés comme potentiellement nuisibles à l'indépendance des franchisés. Ces derniers vont de l'allongement de la durée des contrats à la prise de participation au capital des sociétés franchisées en passant par des pratiques telles que les droits d'entrée à paiement différé. Ainsi, tout clausier visant des clauses « noires » ou « grises » à l'instar de ce qui se pratique en droit des ententes apparaît vain, tant l'imagination des praticiens semble intarissable. Au contraire, la démarche curative employée, tant par le droit des pratiques restrictives, que par de multiples mécanismes issus des branches du droit les plus diverses semble davantage adaptée. Il nous semble en effet que, pour chacune des pratiques attentatoires à la liberté du franchisé recensée, il est possible de trouver un mécanisme de sanction adapté, soit dans le droit de la concurrence soit, plus souvent encore, dans le droit commun. Ainsi, à titre illustratif, l'abus de minorité paraît pouvoir lutter contre une partie des effets pervers de la franchise participative ; le droit des baux commerciaux autorise l'éradication des clauses d'enseigne ; le développement de la notion d'ensemble contractuel autoriserait à mieux appréhender l'enchevêtrement des divers contrats conclu entre franchisé et franchiseur, tandis enfin que l'article L. 442-6 pourra utilement être sollicité – à l'instar de ce qui se fait en droit de la consommation – pour lutter contre des pratiques telles que les droits d'entrée à paiement différé.

278 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26.

Chapitre 2

Le contrôle de l'équilibre du contrat de franchise par le droit de la concurrence

120. La préservation d'une concurrence interne au réseau passe par un contrôle précis des stipulations contractuelles afin que ces dernières ne traduisent pas un trop fort déséquilibre au profit du franchisé. Partant du postulat que l'indépendance économique du franchisé doit avoir pour corollaire son indépendance juridique, le droit de la concurrence intervient comme véritable mécanisme de rééquilibrage du contrat. Sans un certain encadrement, le contrat de franchise pourrait rapidement se transformer en un accord destiné à annihiler toute concurrence entre entreprises pourtant indépendantes. Le contrat de franchise entraînerait ainsi une paralysie du jeu normal de la concurrence, en modifiant la production et/ou les prix par rapport à ceux qu'ils seraient si le marché évoluait librement. Le droit des ententes énonce dès lors clairement les clauses réputées valables, celles constituant des restrictions de concurrence simples et celles relevant de restrictions caractérisées²⁷⁹. L'ambition première du droit des ententes est de garantir que « *les accords de franchise réservent également aux consommateurs et aux autres utilisateurs finals une part équitable du bénéfice qui [...] résulte [de leur conclusion]* »²⁸⁰. Toutefois, ce faisant, le droit des ententes préserve également l'équilibre des accords de franchise afin de garantir « *qu'ils combinent les avantages d'un réseau uniforme avec l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise* »²⁸¹ de même que « *l'effet favorable de la franchise sur la*

279 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 4 et 5.

280 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise.

281 Ibid.

concurrence entre marques et le fait que les consommateurs soient libres de traiter avec tout franchisé dans le réseau »²⁸².

121. Le droit des ententes n'est pas le seul à être sollicité s'agissant du rééquilibrage du contrat, l'abus de position dominante ou le droit des pratiques restrictives de concurrence pouvant, en droit interne, être sollicités pour mettre un terme à des pratiques non prévues par le règlement d'exemption. Le droit des ententes constitue toutefois l'épine dorsale des règles du droit de la concurrence propres à assurer l'équilibre du contrat de franchise au cours de son exécution, raison pour laquelle les développements qui suivront en adopteront le plan²⁸³. Il conviendra dès lors d'étudier dans un premier temps les stipulations contractuelles et pratiques formellement prohibées par le droit de la concurrence (**Section I**), avant de s'intéresser à celles qui, quoique tolérées demeurent étroitement contrôlées (**Section II**).

282 Ibid.

283 La parution du règlement du 20 avril 2010 a toutefois suscité un certain émoi dans le milieu de la franchise. Une rédaction quelque peu ambiguë et malheureuse a pu faire craindre que cette forme de distribution ne soit plus couverte par le règlement d'exemption européen. De façon assez classique, le règlement exclut de son champ d'application les accords qui auraient pour objet principal « *la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle* » (article 2§3). Or, les droits de propriété intellectuelle sont définis par l'article 1-f comme « *les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins* ». Il semble dès lors falloir conclure que le savoir-faire étant un droit de propriété intellectuelle, un accord qui aurait pour objet principal sa cession ou son utilisation se verrait immanquablement exclu du champ d'application du règlement d'exemption.

Certains auteurs n'ont pas manqué de faire remarquer que la transmission d'un savoir-faire était, par définition, l'objet même du contrat de franchise (v. en ce sens N. Raud et G. Notté, « Nouveau règlement d'exemption par catégorie des restrictions verticales (Règlement numéro 330/2010, 20 avril 2010) », *Contrats, conc. consom.*, 2010, no 6, p. 38 et s.) si bien que l'inclusion du savoir-faire au sein des droits de propriété intellectuelle serait « *susceptible d'exclure les accords de franchise du champ d'application du règlement d'exemption* » (ibid.).

Une telle exclusion apparaîtrait d'autant plus paradoxale et surprenante que les lignes directrices se réfèrent explicitement au contrat de franchise auquel elles consacrent de substantiels développements. A cet égard, les points 31 à 42 des lignes directrices viennent préciser que, pour être couverts par le règlement, les droits de propriété intellectuelle doivent être « *directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients* » ce qui semble être le cas en matière de franchise puisque en pareil cas « *la commercialisation constitue l'objet de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle* » (point 31). Le point 44 ajoute en outre que, dans l'hypothèse où un accord de franchise aurait pour objet principal la concession d'une licence de droit de propriété intellectuelle, sans que celle-ci ne soit directement liée à la vente des biens et services du franchiseur, « *la Commission appliquera généralement les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et dans les présentes lignes directrices à un tel accord* ».

Aussi, les précisions apportées par les lignes directrices paraissent particulièrement rassurantes et permettent de relativiser la rédaction ambiguë du règlement lui-même. Il paraît clair que le dessein des instances européennes n'est nullement d'exclure les accords de franchise du règlement d'exemption, si bien que la distinction visant à savoir si les droits de propriété intellectuelle sont ou non l'objet principal de la franchise « *est de peu d'effet en pratique pour apprécier la légalité de certaines restrictions en matière de franchise* » (C. Vilmart, « La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante », *JCP E*, 2010, 1556, n° 19 ; dans le même sens, E. Dieny, « Accords de distribution : d'un règlement à l'autre, les principaux changements à retenir », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, no 51, p. 44 et s.).

SECTION I. LES PRATIQUES FORMELLEMENT EXCLUES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

122. Droit de l'Union européenne. L'article 4 du règlement d'exemption dresse la liste exhaustive des clauses dites « noires », c'est-à-dire entraînant une perte automatique du bénéfice de l'exemption par catégorie²⁸⁴. Schématiquement, sont ainsi prohibés les accords verticaux qui ont directement ou indirectement pour objet de :

- restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente [...];
- restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels [...];
- restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective [...];
- restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services [...].

123. Droit interne. L'article L. 464-6-2 du Code de commerce vise peu ou prou les mêmes pratiques et estime que ne peuvent bénéficier des dispositions de l'article L. 464-6-1 les accords qui contiendraient l'une des stipulations suivantes :

- celles qui peuvent influencer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;
- les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finals ;
- les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;
- les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective.

124. À la lecture croisée de ces deux textes, deux pratiques incriminées sont susceptibles de concerner directement les accords de franchise. En effet, si le procédé de fournitures croisées entre franchisés n'est pas, en soi, inconcevable il est toutefois peu probable dans la mesure où les franchisés ont bien souvent, pour les produits objet de la franchise le même fournisseur qui bien souvent n'est autre que le franchiseur lui-même. De même, la question, abordée spécifiquement par le règlement européen, des composants et pièces détachées n'a pas vocation à concerner au premier chef les accords de franchise et ne présente, dans le cas où elle devrait ponctuellement l'être,

²⁸⁴ Bien que cette perte ne soit plus aussi automatique qu'auparavant, de telles clauses étant tout de même susceptibles d'être « rachetées » par application de l'article 101§3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Sur cette question, v. Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 60 et s.

aucune spécificité. Dès lors, la présente étude se limitera aux deux pratiques expressément prohibées par le règlement d'exemption et susceptibles d'avoir un impact notable sur l'équilibre du contrat de franchise, savoir la prohibition des prix imposés (I) ainsi que celle des restrictions relatives à la vente (II).

I. LA PROHIBITION DES PRIX IMPOSÉS PAR LE FRANCHISEUR

125. Droit de la concurrence et droit social au service de l'ordre public économique. La question de la prohibition des prix imposés mêle les problématiques relatives à l'indépendance du franchisé et celles ayant trait à l'équilibre du contrat. La double sanction dont cette pratique fait l'objet est révélatrice de cette position ambivalente : non seulement la pratique des prix imposés est susceptible de remettre en cause la licéité du contrat de franchise aux yeux du droit des ententes (A), mais elle est encore potentiellement source d'éviction du droit commercial au profit du droit du travail (B).

A. Les prix imposés comme remise en question du régime juridique du contrat de franchise

126. Le contrat de franchise qui prévoirait, ou toute pratique du franchiseur qui aboutirait à ce que le franchisé se voit imposer les prix de revente des produits qu'il distribue, serait passible de deux sanctions fulminées par le Code du travail, lequel endosse ici un rôle de police économique marqué. Aussi, l'imposition des prix de revente est-elle susceptible de rendre le contrat de franchise justiciable du droit social (1), voire d'entraîner sa requalification pure et simple en contrat de travail dans les cas extrêmes (2). Si, dans ce dernier cas, c'est bien le manque d'indépendance du franchisé et sa subordination au franchiseur qui sont sanctionnés, la première hypothèse peut quant à elle intervenir en dehors de toute forme de subordination et traduit donc davantage l'idée d'un rééquilibrage du contrat – ou à tout le moins d'une sanction de son déséquilibre.

1. *Les prix imposés : facteur d'application du droit du travail sans requalification du contrat*

127. Si l'application de l'article L. 7321-2, 2° du Code du travail pose cinq conditions à son application, la jurisprudence a considérablement adapté et assoupli ces exigences, pour donner une portée au texte qu'il n'avait probablement pas à l'origine (a). Aussi, de ces cinq conditions, il nous semble que seule celle relative aux prix et conditions de vente imposés soit réellement dirimante en matière de franchise (b).

a. L'article L. 7321-2 du Code du travail, un texte « en expansion »²⁸⁵

128. Première approche juridique de la « dépendance économique ». La problématique des prix imposés a suscité une importante littérature en droit de la concurrence²⁸⁶. Sans minimiser l'importance théorique et pratique de cette approche, il n'est pas inintéressant de constater que cette question se trouve également appréhendée par le droit social, lequel offre un recours intéressant au franchisé victime d'un franchiseur trop directif. L'identité des finalités poursuivies par ces deux réglementations nous semble justifier que le présent travail consacré au droit de la concurrence ne fasse pas l'impasse sur les règles insérées dans le Code du travail²⁸⁷. L'article L. 7321-2 du Code du travail dispose en effet que peuvent, sous conditions, bénéficier de certaines dispositions du droit du travail ceux : « dont la profession consiste essentiellement [...] à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise »²⁸⁸. Issu d'une loi du 21 mars 1941, ce texte avait initialement pour vocation de permettre d'assurer une protection minimale aux vendeurs de billets de loterie, dépositaires d'entreprises de nettoyage, tenanciers de kiosques dans les gares fournis par une entreprise de messagerie ou autres correspondants de transporteurs²⁸⁹. Sa portée a cependant été bien plus large dans la mesure où ce texte consacre en réalité l'assimilation de la notion de « dépendance économique »²⁹⁰ par le droit du travail, avant même qu'elle ne connaisse son âge d'or en droit commercial. Le mécanisme du texte s'avère particulièrement alléchant pour les plaideurs, puisqu'il permet au franchisé placé sous le joug d'un franchiseur trop oppressant de réclamer, entre autres, un complément de rémunération à hauteur du salaire minimal, la rémunération d'heures supplémentaires, des indemnités de congés payés, le remboursement des frais professionnels, des indemnités de licenciement à la rupture ou au non-renouvellement du contrat, le tout devant un Conseil de prud'hommes et sans qu'il ne soit nullement nécessaire d'établir l'existence d'un lien de subordination au sens juridique du terme²⁹¹. Étrange situation où, comme le relève le Professeur Hugues Kenfack, le franchisé est « assimilé à un salarié dans ses rapports avec le

285 L'expression est empruntée à Messieurs Mousseron et Fabre (J.-M. Mousseron et R. Fabre, « La loi du 21 mars 1941 : une loi en expansion », *Cah. dr. entr.*, 1978, no 2, p. 4).

286 V. notamment P. Arhel, *Les pratiques de prix imposés*, Etude DGCCRF, 1992 ; F. Delbarre, « Réglementation des prix imposés, pour la retraite à 40 ans », *RJDA*, 1993, no 3, p. 167 ; D. Ferrier, *Prix imposés, prix conseillés*, Etude DGCCRF, 1998 ; T. Granier, « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.*, 1991, p. 358 ; A. Malabard, *La vente des articles de marque à prix imposés*, Thèse : Université de Paris, 1935.

287 V. en ce sens, A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, Tome 1, Sirey, 1978, n° 551 et s.

288 Article L. 7321-2 du Code du travail modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

289 J.-F. Cesaro, « Gérants de succursales », Fascicule n° 4-5, in *J.-Cl. Travail Traité*, 2010, n° 2.

290 A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, Tome 1, Sirey, 1978, n° 551.

291 Cass. Soc., 12 janvier 1983 : Bull. civ., V, n° 14, Cass. Soc., 1er février 2001, n° 98-45.868 ou encore Cass. Soc., 21 février 2007, France acheminement c/ Pollatz, n° 05-45.048, JurisData n° 2007-037640, *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 120, note Malaurie-Vignal.

franchiseur, considéré comme un employeur dans les rapports avec son propre personnel et comme un commerçant dans ses rapports avec les tiers »²⁹²...

129. Assouplissement des conditions d'application. En dépit de ces promesses mirifiques faites au franchisé, on aurait pu penser que ce texte resterait cantonné à des situations relativement marginales au vu des conditions relativement strictes posées pour son application. Afin de permettre l'application distributive du droit du travail, l'article L. 7321-2, 2° , a) exige en effet la preuve de plusieurs conditions cumulatives :

- les personnes concernées sont a priori des personnes physiques,
- l'activité doit consister en la vente de marchandises,
- elle doit faire l'objet d'une quasi-exclusivité,
- le local doit être fourni ou agréé par l'entreprise « dominante »,
- les prix de revente et les conditions de l'activité doivent être imposés par cette dernière.

130. C'était cependant sans compter sur l'audace de la jurisprudence qui n'a pas hésité à assouplir considérablement certaines de ces exigences. C'est ainsi que le bénéfice de l'article L. 7321-2 est reconnu au franchisé personne morale, à condition que soit établie l'existence d'un lien *intuitu personae* entre le franchiseur et le dirigeant de la société franchisée²⁹³. On imagine donc que la première de ces cinq conditions sera, en matière de franchise, assez facilement remplie tant il est rare qu'un contrat de franchise ne soit pas conclu *intuitu personae*²⁹⁴. De la même manière, il est difficilement concevable que le local dans lequel exerce le franchisé n'ait pas été préalablement agréé par le franchiseur. La Cour de cassation estime en effet qu'un local a été « agréé » dès lors que la tête de réseau a aidé le gérant à l'acheter, à l'équiper, notamment en lui fournissant le matériel publicitaire et l'enseigne et a exigé un droit de contrôle sur son aménagement²⁹⁵ ce qui recoupe en réalité les obligations du franchiseur en matière de transmission de savoir-faire. En outre, la deuxième condition n'implique rien d'autre que le texte ne pourra être appliqué qu'aux franchises de distribution, qui représentent néanmoins la part la plus importante des réseaux de franchise d'un point de vue économique²⁹⁶. En bref, sur cinq conditions imposées par le Code du travail pour

292 H. Kenfack, « Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du code du travail à une relation commerciale », *D.*, 2002, p. 1934, n° 7.

293 Pour un exemple récent, voir Cass. Soc., 1er février 2011, SFR c/ Wagner, n° 08-45.223, 08-45.295 et 09-65.999 : Inédit : la Cour de cassation y approuve une Cour d'appel d'avoir fait application du texte dès lors qu'elle a « relevé que le contrat partenaire mentionnait le caractère *intuitu personae* des relations établies et que toute opération de cession ou de nature à influencer sur le capital social devait être soumise à l'agrément de la SFR ».

294 V. par exemple en ce sens P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 7 et 260 : « en pratique, la majorité des contrats de franchisage comportent une clause affirmant ce caractère *intuitu personae*, de façon en quelque sorte unilatérale, au regard de la personne du dirigeant ou de l'associé majoritaire de la société franchisée ».

295 En ce sens, Cass. Soc., 12 décembre 1995, Sté Elf France c/ Lemièrre, n° 92-42.856. V. également, C.A. Riom, 29 juin 2004, *LPA*, 2006, n° 48, p. 8, obs. Mainguy, Respaud et Cadoret.

296 La part des secteurs d'activité des franchises de distribution représente, en 2010, près de 50 % du total de l'ensemble des réseaux de franchise, toutes activités confondues d'après l'Observatoire de la franchise (<http://www.observatoiredefranchise.fr/statistiques/chiffres-cles.htm>).

permettre l'application de l'article L. 7321-2, 2° , il n'est pas excessif de considérer que trois sont nécessairement et a priori remplies en matière de franchise de distribution. À l'inverse, il serait même possible de considérer le franchiseur fautif si ces conditions faisaient défaut.

131. Deux conditions cumulatives. La qualification d'un franchisé en gérant de succursales repose donc uniquement sur deux critères : la présence d'une quasi-exclusivité et la mainmise du franchiseur sur les conditions et tarifs de vente. Or, si la première pratique est strictement encadrée²⁹⁷, elle n'en demeure pas moins licite sous conditions. La seconde – objet de la présente étude – est en revanche totalement prohibée. L'articulation entre le droit de la concurrence et le droit social est ici particulièrement intéressante : le respect du premier implique l'éviction du second, les cinq conditions susévoquées étant cumulatives. À l'inverse, si la pratique de prix imposés ne suffit pas à faire bénéficier le franchisé de l'article L. 7321-2 du Code du travail, il y a toutefois de grandes chances qu'il parvienne à triompher dans ses prétentions, quatre des cinq conditions du texte étant alors nécessairement remplies²⁹⁸. L'expansion de l'article L. 7321-2 du Code du travail n'en finit plus, si bien qu'il vient aujourd'hui prêter main-forte au droit de la concurrence, avec la vigueur propre aux sanctions du droit social²⁹⁹.

b. La sanction par le droit social des « conditions et prix imposés »

132. Rôle des juridictions prud'homales. Il peut dès lors apparaître assez surprenant de voir le débat relatif aux prix imposés se dérouler massivement devant les juridictions prud'homales et donner lieu à une jurisprudence relativement abondante de la Chambre sociale. Il n'est d'ailleurs par rare de voir la Cour de cassation contrainte de rappeler aux juridictions du fond statuant en matière sociale que ce débat relève bien de leur compétence, y compris en l'absence de lien de subordination entre franchiseur et franchisé³⁰⁰. Sur le fond, l'appréciation du caractère imposé ou non des prix fait l'objet d'une appréciation largement compréhensive de la Chambre sociale, qui semble considérer qu'il s'agit là d'un élément d'appréciation souveraine. Tout au plus, les magistrats du quai de l'Horloge se contentent-ils d'un contrôle restreint. Ainsi, dans l'un des arrêts France Acheminement, le franchiseur sollicitait la censure de l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui avait estimé que les prix étaient imposés, alors que le

297 Sur la question des conditions de validité d'une clause d'exclusivité, v. n° 182 et s.

298 En ce sens, D. Legeais, « Franchise », Fascicule n° 316, *in J.-Cl. Commercial*, 2009, n° 63.

299 Une affaire particulièrement médiatique a encore récemment témoigné de la vigueur de l'article L. 7321-2, 2° , une quinzaine de franchisés de l'opérateur de téléphonie mobile ayant décidé de solliciter l'application de ce texte. En raison des enjeux financiers, ces procédures ont trouvé un écho dans la presse généraliste nationale (v. notamment Laurence Neuer, « SFR en procès avec ses franchisés », *Le Point* du 20 novembre 2008).

300 V. par exemple, deux des célèbres arrêts France Acheminement : Cass. Soc., 4 décembre 2001, France acheminement c/ Bouchet, n° 99-43.440, JurisData n° 2001-012004, *Cab. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy, *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier et Cass. Soc., 4 décembre 2001, France acheminement c/ Dalval, n° 99-44.452, JurisData n° 2001-012006, *Cab. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy, *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier.

contrat de franchise se contentait de fixer la part du prix qui devait revenir à la tête de réseau, sans pour autant déterminer le prix de vente au consommateur³⁰¹. Le contrat stipulait au contraire que « *le franchisé s'engage à transmettre au franchiseur les éléments de prix et tarifs applicables à chaque prestation ou type de prestation* »³⁰². Qu'importe pour la Cour de cassation qui se satisfait de l'appréciation faite par la Cour d'appel, relevant au surplus que les factures étaient directement encaissées par le franchiseur. Malgré ce contrôle relativement souple, la motivation des décisions en matière sociale recoupe assez largement celle que l'on peut connaître en droit de la concurrence. C'est ainsi que, ne sont pas considérés comme imposés au sens de l'article L. 7321-2 du Code du travail, des prix conseillés ou maximums, dans la mesure où « *il n'est pas démontré que la conservation de la marge bénéficiaire [rendrait] impossible une revente à un prix inférieur* »³⁰³.

133. À l'inverse, le fait que le franchiseur « *entreprenne des actions publicitaires à sa seule initiative, mette à la disposition du distributeur des documents publicitaires à remettre à la clientèle selon des instructions promotionnelles strictes, précise les modifications de prix et envoie même des étiquettes à positionner et des adhésifs pour le masquage du prix barré* »³⁰⁴ caractérise à l'évidence une situation exclusive de toute indépendance du franchisé dans la détermination des prix de vente. De la même manière, dans le cadre d'une franchise de transport, on ne saurait tolérer que le franchiseur fournisse directement les étiquettes de transport à des prix fixes à ses franchisés, quand bien même il arguerait qu'il ne s'agit là que de prix indicatifs³⁰⁵. Les deux textes ne se recoupent cependant pas totalement. Comme le remarque Maître François-Luc Simon, il est possible d'imaginer des situations où la relation franchiseur-franchisé serait susceptible de tomber sous le coup du droit du travail, sans pour autant encourir de grief du point de vue du droit de la concurrence. C'est notamment le cas lorsque le franchisé n'a qu'une activité de dépôt-vente et se contente donc de vendre des produits qui demeurent appartenir au franchiseur³⁰⁶. L'article L. 7321-2 du Code du travail, plus restrictif que le droit de la concurrence pour des problématiques qui semblent pourtant relever de cette branche du droit, peut alors faire figure de « *machine infernale* »³⁰⁷. Il participe

301 Cass. Soc., 4 décembre 2001, France acheminement c/ Sierra, n° 99-41.265, JurisData n° 2001-012007, *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy, *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier.

302 Ibid.

303 C.A. Dijon, 30 juin 2005, Poyard c/ Phildar, JurisData n° 2005-283427.

304 C.A. Nîmes, 20 décembre 2002, Warczyglowa c/ Yves Rocher, n° 02/3168, JurisData n° 2002-199407, *D.*, 2003, p. 2431, obs. Ferrier

305 Cass. Soc., 26 septembre 2007, Kermarrec c/ SAS Ginkgo, n° 06-44.863, JurisData n° 2007-040579, *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 301, note Malaurie-Vignal.

306 F.-L. Simon, « L'identification du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, no 243, p. 11. Pour un exemple de décision refusant d'appliquer les sanctions du droit de la concurrence à un distributeur de produits appartenant à la tête de réseau, v. C.A. Paris, 18 juin 2003, Sté Mignan & Fils c/ Sté Zannier, JurisData n° 2003-225468, *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 2, comm. 19, note Leveneur. On est cependant en droit de s'interroger en pareil cas sur la pertinence de la qualification de contrat de franchise.

307 A. Constantin, « Requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail », note sous Cass. Soc., 4 décembre 2001, *JCP G*, 2002, I, 148.

toutefois indéniablement à la préservation d'un certain équilibre contractuel, et donc de l'idée selon laquelle un accord de franchise ne doit pas annihiler toute concurrence entre les membres du réseau. Protectrice de l'indépendance du franchisé, la requalification du contrat poursuit les mêmes fins.

2. L'application du droit du travail, conséquence de la requalification du contrat

134. Les prix imposés, critère non exclusif de la requalification en contrat de travail. L'article L. 7321-2 du Code du travail permet en somme au droit du travail d'appréhender la subordination économique du franchisé, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une subordination juridique. La pratique des prix imposés est ainsi un signe évident du manque d'autonomie économique du franchisé. La requalification du contrat de franchise en contrat de travail implique, à l'inverse, la démonstration d'une véritable subordination juridique, dont les critères sont évidemment plus stricts que ceux requis par l'article L. 7321-2 du Code du travail³⁰⁸. Il n'en reste pas moins que, même dans ce cadre, la pratique des prix imposés exerce une influence notable sur le sort réservé au contrat de franchise par le droit du travail **(a)**. La place de ce critère est cependant plus modeste que ce qu'elle peut avoir dans le cadre de l'application de l'article L. 7321-2, les requalifications en contrat de travail demeurant l'exception **(b)**.

a. La pratique de prix imposés, condition nécessaire à la reconnaissance d'un lien de subordination

135. Par application de l'article L. 8221-6, I du Code du travail, le franchisé, personne physique ou morale immatriculée au registre du commerce et des sociétés, bénéficie d'une présomption simple de non-salariat. Toutefois, le même texte en son II prend soin de préciser que « l'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci »³⁰⁹. En pareil cas, au-delà des conséquences sur le plan du droit social, une telle requalification fait également encourir au franchiseur des sanctions pénales sur le fondement du délit de dissimulation d'emploi salarié³¹⁰.

136. Pour obtenir cette requalification, il appartient au franchisé de démontrer la réunion du triptyque classique exigé par la Cour de cassation afin de caractériser l'existence d'une relation de travail : l'existence au profit du franchiseur d'un pouvoir de

308 Une jurisprudence ancienne précise à cet égard que « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties » (Cass. Soc., 6 juillet 1931, *D.*, 1931, 1, 131).

309 Article L. 8221-6 du Code du travail modifié par la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011.

310 Prévu par l'article L. 8221-5 du Code du travail et réprimé aux articles L. 8224-1 et suivants du même code.

direction, de contrôle et de sanction³¹¹. La Cour de cassation opère un contrôle relativement strict quant à l'appréciation que font les juges du fond de ces critères. La cour régulatrice l'a fermement rappelé en 2007 en matière de franchise, censurant l'arrêt d'une Cour d'appel qui s'était contentée de relever que « *les circonstances qui [avaient] entouré l'entrée [du franchiseur] dans le fonds de commerce et la conclusion d'un contrat de franchisage révèlent une autorité hiérarchique, autrement dit un lien de subordination, qui relève du droit du travail et qui est encore accru par les conditions du contrat de franchise [...], par lequel la société [franchiseur] assume de nombreuses tâches afférentes à l'exploitation du commerce* »³¹². Tout est ici question d'appréciation, qui ne peut évidemment se faire que cas par cas, dans la mesure où tout contrat de franchise, de par la collaboration étroite qu'il implique, comporte nécessairement une dose de chacune des ces prérogatives au bénéfice de la tête de réseau. Celle-ci a même l'obligation d'exercer chacun de ces pouvoirs, afin de remplir le rôle qui est le sien du point de vue du droit de la distribution³¹³. Ces exigences qui, de prime abord, pourraient sembler contradictoires se retrouvent dans l'attitude que le franchiseur doit adopter eu égard aux prix pratiqués par ses franchisés. L'absence de tout contrôle peut s'avérer le révélateur d'un franchiseur peu soucieux de l'harmonie, de la cohésion et de l'efficacité de son réseau. Un contrôle trop poussé sera à l'inverse considéré comme fautif au regard des règles du droit de la concurrence et du droit social. Maître François-Luc Simon propose ainsi de distinguer trois situations, lesquelles sont susceptibles de constituer autant d'indices dans le faisceau de présomptions que rechercheront les juges du fond pour caractériser une éventuelle subordination³¹⁴. Ainsi, la liberté de fixer ses propres prix, ou à tout le moins de fixer des prix plus bas que ceux conseillés par le franchiseur est a priori exclusive de tout lien de subordination et donc de tout contrat de travail³¹⁵.

137. Jurisprudence « France Acheminement ». À l'inverse, une intrusion manifeste du franchiseur dans la fixation des prix du franchisé est évidemment de nature à faire planer la suspicion sur la nature de la relation les unissant³¹⁶. La société France Acheminement en a fait les frais, ses 200 pseudo-franchisés ayant sollicité et obtenu la requalification de leurs contrats, la conduisant inévitablement à la liquidation judiciaire. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai, statuant en matière correctionnelle sur le délit de travail dissimulé qui était reproché à cette société, relève notamment qu'« *il ressort des déclarations du responsable commercial de la société France Acheminement que*

311 Cass. Soc., 13 novembre 1996, Société Générale c/ URSSAF, n° 94-13.187, *JCP G*, 1997, IV, 549, *JCP E*, 1997, I, 20, *D.*, 1996, I.R., n° 44.

312 Cass. Soc., 22 mars 2007, Prodim c/ Leroy, n° 05-45.434, *JurisData* n° 2007-038157.

313 Le franchiseur a ainsi l'obligation de fournir un savoir-faire à ses franchisés et s'assurer de la bonne mise en œuvre de ce dernier, ce qui implique nécessairement une forme de pouvoir de direction, de contrôle et de sanction.

314 Le franchisé peut ainsi jouir d'une liberté totale quant aux prix, signe d'une grande indépendance ; se voir imposer des prix maximum, ce qui entre dans le cadre du contrôle normal auquel le franchiseur est obligé ; ou être soumis à des prix imposés, ce qui constitue un indice de subordination juridique (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 54).

315 C.A. Dijon, 30 juin 2005, Poyard c/ Phildar, *JurisData* n° 2005-283427.

316 V. notamment C.A. Paris, 19 novembre 1997, Sté Gelor c/ Lamour, *JurisData* n° 1997-024318.

la politique des prix était imposée par celle-ci, et qu'il était chargé, à cet effet, d'établir les contrats et de fixer les tarifs ; qu'il a même précisé avoir été 'montré du doigt' par sa direction parce qu'il avait pris habitude lors des négociations de faire participer le franchisé »³¹⁷. Cette situation extrême amène la Cour à conclure que le franchisé avait ainsi perdu toute autonomie, lui retirait toute initiative pour développer une clientèle, et le plaçait sous un lien de subordination vis-à-vis du franchiseur. De façon certes moins détaillée, la Cour prend en outre la précaution de relever que le secteur d'activité du « franchisé » était également contraint par le franchiseur. En effet, et de façon fort logique, la seule pratique de prix imposés ne suffit en principe pas à caractériser l'existence d'un lien de subordination, cette pratique devant être étayée par d'autres indices³¹⁸.

b. La pratique de prix imposés, condition insuffisante à la reconnaissance d'un lien de subordination

138. Sanction marginale. Si le contentieux concernant la requalification des contrats de franchise en contrat de travail est relativement abondant, les actions couronnées de succès sont quant à elles beaucoup plus rares. Si la question de la fixation automne des prix revêt une importance particulière aux yeux des juges pour caractériser une relation de subordination, elle n'en demeure pas moins un élément parmi d'autres, la technique utilisée étant celle du faisceau d'indices³¹⁹. Il convient également de s'attacher aux modalités de fixation des horaires³²⁰ et des lieux de vente³²¹, à la liberté de déterminer les marchandises proposées³²², à la faculté de nouer une relation directe avec la clientèle³²³, à la présence au contrat d'un chiffre d'affaires minimum imposé³²⁴, à la latitude donnée pour embaucher du personnel³²⁵, etc. Finalement, droit du travail et droit de la concurrence semblent se rejoindre autour d'une idée maîtresse : les restrictions à l'indépendance du franchisé doivent être réduites à celles qui peuvent être considérées comme strictement nécessaires pour la préservation du savoir-faire transmis³²⁶. La jurisprudence se fonde parfois sur le caractère « anormal » des restrictions à l'indépendance du franchisé pour justifier sa soumission au droit du travail³²⁷.

317 C.A. Douai, 23 novembre 2006, Platet c/ Ministère Public, JurisData n° 2006-325137.

318 C.A. Pau, 26 juillet 2000, France Acheminement c/ CPAM, JurisData n° 2000-130666.

319 On pourra utilement se référer à la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui prend un soin particulier à établir la réunion du triptyque exigé par la Cour de cassation pour caractériser le lien de subordination du franchisé (C.A. Paris, 19 novembre 1997, Sté Gelor c/ Lamour, JurisData n° 1997-024318).

320 C.A. Pau, 26 juillet 2000, France Acheminement c/ CPAM, JurisData n° 2000-130666 ; C.A. Douai, 23 novembre 2006, Platet c/ Ministère Public, JurisData n° 2006-325137 ; C.A. Toulouse, 13 octobre 2006, Compain c/ France Acheminement, JurisData n° 2006-327205.

321 C.A. Dijon, 30 juin 2005, Poyard c/ Phildar, JurisData n° 2005-283427.

322 Ibid.

323 C.A. Pau, 26 juillet 2000, France Acheminement c/ CPAM, JurisData n° 2000-130666 ; C.A. Douai, 23 novembre 2006, Platet c/ Ministère Public, JurisData n° 2006-325137.

324 C.A. Dijon, 30 juin 2005, Poyard c/ Phildar, JurisData n° 2005-283427.

325 Ibid.

326 En ce sens, F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 56. V. également M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999, n° 426.

327 C.A. Rennes, 23 février 2010, SAS Fiventis c/ Brassat, n° 08/08973 et 08/08350 : Inédit.

On observe ainsi une étonnante convergence entre deux branches du droit, le droit du travail et le droit de la concurrence, que rien pourtant ne semble réunir.

B. Les prix imposés comme remise en question de la licéité du contrat de franchise

139. En droit de la concurrence, la prohibition des prix imposés est relativement récente et concomitante à l'avènement des modes de distribution modernes³²⁸. En effet, les rapports entre la question des prix imposés et les réseaux de distribution, et notamment de franchise, sont sans doute plus étroits qu'on pourrait le penser en première analyse. Réseau et prix imposés participent tantôt de la même finalité, dans les hypothèses où la tête de réseau commercialise ses propres produits. Il s'agit alors pour elle de contrôler, de façon plus ou moins affirmée, les modalités de distribution de ses marchandises, en en fixant les modalités et, éventuellement, le prix de vente³²⁹. À l'inverse, les réseaux de distribution peuvent se révéler une arme efficace pour lutter contre les pratiques de prix imposés dans la mesure où ils créent des unités économiques importantes, à même de négocier avec les grandes marques³³⁰. Aussi, bien que la prohibition des prix imposés soit clairement affirmée par le droit de la concurrence (1), il subsiste certains doutes quant à sa pertinence et à son efficacité économique dans le domaine particulier des réseaux de franchise (2).

1. Les prix imposés, pratique doublement sanctionnée par le droit de la concurrence

140. **Pratiques restrictives de concurrence et ententes.** Il a précédemment été démontré à quel point la sanction des prix imposés se situait au confluent de diverses branches du droit, et principalement du droit social et du droit économique. Au sein même de l'ensemble plus modeste que constitue le seul droit de la concurrence, la pratique des prix imposés est passible d'une double sanction, tant sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence (a) que du droit des ententes (b).

328 La prohibition des la pratique des prix imposés date de la loi du 18 juillet 1952. Il faut toutefois noter que ce texte réservait une exception pour les produits de marque, pour lesquels les fabricants pouvaient continuer à définir les prix pratiqués par les revendeurs. Ce traitement de faveur a été supprimé par un décret du 9 août 1953.

329 V. par exemple Cons. conc., 24 janvier 2007, Jeff de Bruges, n° 07-D-04, *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 70, note Malaurie-Vignal où la tête de réseau exerce un contrôle étroit sur les prix pratiqués par ses franchisés, lesquels ne distribuent que les produits de la marque du réseau. La franchise apparaît alors comme un mode d'intégration verticale poussée, une alternative à la succursale.

330 On pense notamment à la grande distribution dont l'avènement est concomitant à l'incrimination des pratiques de prix imposés. Il semble clair qu'un réseau d'hypermarchés d'envergure nationale soit plus à même de négocier le prix de revente d'un produit de marque qu'un simple commerçant isolé. L'expérience a cependant montré qu'un tel effet positif était loin d'être assuré (V. en ce sens, G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix : Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, 2005, p. 56).

a. Les prix imposés, pratique restrictive de concurrence

141. L'article L. 442-5 du Code de commerce incrimine « *le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* ». Cette prohibition puise sa source originelle dans une loi du 18 juillet 1952, abrogée depuis pour laisser place à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, désormais codifiée. Les rédactions successives du texte n'ont cessé d'accroître son caractère contraignant et d'élargir son champ d'application³³¹. Il convient d'étudier dans un premier temps quels sont les comportements visés par cette incrimination (**a-1**), avant d'aborder les sanctions dont ils peuvent faire l'objet (**a-2**).

a-1. L'analyse in concreto des comportements prohibés

142. **Tentatives de contournement.** La prohibition des prix imposés est fréquemment contournée par la fixation par la tête de réseaux de prix maximums conseillés, voire de prix conseillés. Dès 1960, la circulaire Fontanet affirmait que de telles pratiques « *doivent être considérées comme illicites lorsqu'elles ont pour effet de tourner par un biais l'interdiction de prix minimum* »³³². Il s'agit donc de vérifier que, sous l'apparence d'un conseil ne se cache pas un véritable pouvoir de coercition, permettant à la tête de réseau d'imposer unilatéralement sa volonté³³³. C'est donc à une appréciation *in concreto* que se livre la jurisprudence, examinant précisément le comportement des parties, quitte à s'affranchir des stipulations contractuelles qui se révèlent le plus souvent incantatoires et de pure forme. Les hypothèses où le contrat de franchise stipule expressément l'obligation pour le franchisé de suivre la politique tarifaire du franchiseur sont en effet relativement rares³³⁴. Plus fréquentes sont en revanche les situations où le franchiseur tente d'imposer une politique tarifaire, de façon indirecte, espérant sans doute contourner la prohibition édictée par l'article L. 442-5 du Code de commerce.

331 Alors que la loi de 1952 prévoyait une exception à la prohibition des prix imposés pour les produits de marque, cette dérogation a été supprimée par un décret du 9 août 1953. La loi du 30 décembre 1985 avait encore ajouté une disposition finale visant les comportements discriminatoires et élargissant encore l'infraction. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a finalement repris l'esprit du texte en des termes plus concis.

332 Circulaire du 31 mars 1960 relative à l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence.

333 V. par exemple C.A. Toulouse, 6 décembre 2007, SARL B2M c/ SARL Sac Story, JurisData n° 2007-363862 où les magistrats relèvent l'absence de réprimande du franchiseur à l'encontre d'un franchisé s'étant affranchi des prix conseillés par la tête de réseau pour considérer que l'infraction n'est pas constituée.

334 V. cependant, pour une illustration d'un contrat comportant une telle obligation C.A. Paris, 13 novembre 1996, Cordier c/ M.P., JurisData n° 1996-023347.

A l'inverse, le simple engagement du franchisé de pratiquer une politique de prix « discount » ne peut être considéré comme une pratique restrictive de concurrence, mais apparaît au contraire nécessaire pour préserver l'unité du concept et du savoir faire (C.A. Lyon, 12 juillet 2005, SA Sobadis c/ SA Lyonnaise de développement commercial, JurisData n° 2005-292526).

143. La méthode la plus grossière consiste à livrer aux franchisés des produits comportant d'ores et déjà l'indication du prix³³⁵ ou à fournir aux membres du réseau un système de facturation préprogrammé³³⁶. Ces deux comportements ne sont cependant considérés comme des pratiques restrictives que tant qu'il est rapporté la preuve de l'impossibilité pour les franchisés de modifier ces éléments³³⁷ (c'est-à-dire, en pratique, de modifier l'étiquetage ou de modifier les paramètres du logiciel de facturation). Se rapproche de ces pratiques l'hypothèse où le franchiseur adresse directement une grille tarifaire aux clients des franchisés, notamment par le truchement de dépliants publicitaires³³⁸. Le franchiseur tente également parfois de ne mentionner les obligations du franchisé, eu égard à la politique tarifaire, que dans une annexe au contrat ou dans un « code de bonne conduite », pratique évidemment sanctionnée dans la mesure où ces documents, quelle que soit la dénomination qui leur est donnée, sont de nature contractuelle³³⁹. Tantôt, ce sont les mesures de rétorsion qui sont plus ou moins dissimulées par le franchiseur, les juridictions s'attachant à caractériser la nature réellement contrainte des prix imposés. La contrainte est notamment caractérisée, en dehors de toute stipulation contractuelle, par le refus du franchiseur de fournir les produits parce que leur prix de revente est jugé trop bas³⁴⁰. De façon plus étonnante, et sans doute plus contestable, l'appréciation *in concreto* de la pratique des prix imposés tourne parfois à l'avantage du franchiseur. Dans une décision singulière, la Cour d'appel de Riom a ainsi pu estimer qu'en dépit de stipulations contractuelles établissant le caractère imposé des prix, l'infraction n'était pas constituée³⁴¹. Le large pouvoir d'appréciation reconnu aux magistrats par le droit des pratiques restrictives se retrouve encore dans le flou relatif qui entoure les sanctions des prix imposés.

a-2. Le flou des sanctions

144. **Nullité du contrat ou nullité de la clause ?** La lecture de l'article L. 442-5 du Code de commerce donne évidemment à penser qu'il s'agit d'une disposition répressive, le texte prévoyant une amende de 15 000 € pour sanctionner toute pratique de prix imposés. Il serait cependant inexact de limiter la portée de ce texte à ce seul aspect. Il faut tout d'abord remarquer que, comme toute infraction, la pratique de prix imposés est susceptible de constituer une faute à l'égard d'une potentielle victime,

335 C.A. Paris, 7 mai 2002, Ministère de l'économie c/ SARL Benetton France Trading, JurisData n° 2002-212444.

336 C.A. Lyon, 12 juillet 2005, SA Sobadis c/ SA Lyonnaise de développement commercial, JurisData n° 2005-292526.

337 Dans l'arrêt précité, la Cour d'appel de Lyon relève qu'il était loisible au franchisé de ne pas utiliser ou de modifier le « pré-étiquetage » réalisé par le franchiseur.

338 Cons. conc., 28 mai 1996, Sté Groupe Zannier, n° 96-D-36, JurisData n° 1996-642616.

339 Cons. conc., 24 janvier 2007, Jeff de Bruges, n° 07-D-04, *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 70, note Malaurie-Vignal.

340 Cass. Crim., 31 octobre 2000, Brasero c/ M.P., n° 99-86.588, JurisData n° 2000-007510, *Contrats conc. consom.*, 2001, comm. 73, note Malaurie-Vignal, *RTD com.*, 2001, p. 265, obs. Bouloc.

341 C.A. Riom, 20 juin 2007, Sté Item c/ Sté Babou, n° 06/01272 : Inédit. Le contrat stipulait pourtant que « le franchisé s'engage à vendre tous les produits fournis par le franchiseur et seulement ceux fournis par celui-ci. Il a aussi l'obligation de respecter les prix et les démarques imposées par le franchiseur et cela pendant toute la durée du contrat ».

ouvrant à cette dernière un droit à indemnisation dans les conditions de l'article 1382 du Code civil³⁴². Sur le terrain contractuel et non plus délictuel, de façon un peu moins classique, il est de tradition d'enseigner que la présence d'une clause de prix imposés entraîne la nullité du contrat de franchise qui la contient³⁴³. Il existe néanmoins un flottement, tant en jurisprudence qu'en doctrine quant à la question de savoir si cette sanction doit être cantonnée à la clause litigieuse, ou élargie au contrat de franchise dans son ensemble. Selon un raisonnement bien connu, trancher entre nullité totale et nullité partielle revient à établir si la clause litigieuse apparaît comme la « cause impulsive et déterminante » de la volonté des contractants³⁴⁴. Pourtant, en matière de prix imposés dans les contrats de distribution, les juges semblent avoir une propension particulière à s'affranchir de ce raisonnement³⁴⁵. De nombreux arrêts prononcent ainsi la nullité du contrat de franchise sans vérifier que la clause relative aux prix imposés en constituait la cause impulsive³⁴⁶. D'autres cantonnent, pour des situations similaires, la nullité à la seule clause dictant au franchisé ses prix³⁴⁷. En somme, les juges semblent tacitement reconnaître au franchisé victime de prix imposés le choix de solliciter l'anéantissement du contrat ou d'opter pour sa survie, une fois expurgé de la clause illicite. La Cour de cassation n'a cependant jamais consacré une telle position et tâche de préserver l'apparence d'un raisonnement plus classique. Alors qu'il était reproché à une Cour d'appel d'avoir annulé la convention dans son ensemble sans s'être expliquée sur le caractère impulsif et déterminant de la clause de prix imposés, la Cour de cassation estime que l'appréciation de ces qualités relève du pouvoir souverain des juges du fond. À cet égard, la seule mention que la clause était « substantielle » suffit à satisfaire au contrôle, pour le moins restreint, de la Haute juridiction³⁴⁸. L'incertitude quant aux sanctions civiles générées par ce texte est encore accrue par certaines décisions ponctuelles que l'on pourrait par euphémisme qualifier de peu orthodoxes. Ainsi, la Cour d'appel de Riom refuse de prononcer la nullité du contrat ou de la clause dont il

342 Pour une illustration, v. Cass. Crim., 19 février 2003, n° 02-81422, JurisData n° 2003-018393 où la condamnation à des dommages et intérêts est cependant écartée en l'absence de lien de causalité entre l'infraction et le dommage.

343 En ce sens, J.-L. Fourgoux, « Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond », Fascicule n° 281, in *J.-Cl. Commercial*, 2011, n° 142 ou J.-J. Biolay, « Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix – Actions prohibées sur le niveau des prix », Fascicule n° 287, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2009, n° 53. Il n'y aurait là qu'une application classique des articles 6 et 1131 du Code civil.

344 Sur cette question, v. notamment P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969 et Y. Picod, « Nullité », in *Rép. civ. Dalloz*, 2004, n° 94 et s.

345 Bien que d'autres décisions, dans des matières relativement éloignées du droit de la distribution, témoignent, à l'instar du célèbre arrêt Chronopost, d'une application plus que souple de ce principe.

346 En ce sens, Cass. Com., 7 octobre 1997, Desmazières c/ Stéphan, n° 95-19.518, JurisData n° 1997-003951, *JCP G*, 1998, II, 10085, note Chazal, *Contrats conc. consom.*, 1998, comm. 20, note Leveneur, *RTD civ.*, 1998, p. 130, obs. Gautier, *JCP G*, 1998, II, 10110, note Mainguy ou C.A. Pau, 4 octobre 1994, Royer c/ Jabin, JurisData n° 1994-049099.

347 Cass. Com., 24 octobre 2000, Carrières de Sainte-Marthe c/ M. Paulet, n° 98-14.382 : Bull. civ. IV, n° 163, *D.*, 2000, p. 429, obs. Marmontel, *Cont. conc. consom.*, 2001, n° 1, p. 16, note Malaurie-Vignal, *RTD com.*, 2001, n° 2, p. 427, note Claudel, *RTD civ.*, 2004, n° 3, p. 451, note Frison-Roche.

348 Cass. Com., 4 juillet 1995, Sté Jet Océan Indien c/ Sté GO Voyages, n° 93-19.022 : Inédit.

est pourtant manifeste qu'elle imposait au franchisé les prix dictés par le franchiseur³⁴⁹. Une décision déjà ancienne de la Cour d'appel de Paris sanctionne quant à elle la pratique de prix imposés, non pas par la nullité du contrat ou de la clause, mais par la résolution du contrat³⁵⁰, ce qui revient à admettre qu'une pratique illicite ait pu être valablement mise en œuvre pendant un certain temps. Le mille-feuille des sanctions prononcées sur le seul fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence se voit encore ajouter quelques couches supplémentaires si l'on considère que la pratique des prix imposés est également justiciable du droit des ententes.

b. Les prix imposés, pratique révélatrice d'une entente

145. L'intitulé de ces développements apparaît si antithétique qu'il est nécessaire d'expliquer en quoi des prix « imposés » peuvent constituer une « entente », c'est-à-dire un accord de volontés. Aussi, nous attacherons-nous à préciser les modalités d'une éventuelle entente, entre franchisé et franchiseur d'abord **(b-1)**, entre co-franchisés ensuite **(b-2)**.

b-1. L'entente quant aux prix entre franchiseur et franchisés

146. *Si les notions de prix imposés et d'ententes semblent de prime abord incompatibles³⁵¹, la jurisprudence considère cependant que l'imposition de prix par le franchiseur est susceptible de caractériser une entente entre les membres du réseau³⁵². Cette pratique est au reste directement visée par le règlement européen du 20 avril 2010. Au terme de ce texte, perd le bénéfice de l'exemption tout accord qui aurait pour objet « de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties »³⁵³. En droit interne, l'article L. 420-1 du Code de commerce vise plus largement les pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet potentiel de fausser le jeu de la concurrence sur le marché en faisant « obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse »³⁵⁴, tandis que l'article L. 464-6-2, a) du Code de commerce considère comme restriction caractérisée les pratiques qui ont pour objet la fixation du prix de vente.*

349 C.A. Riom, 20 juin 2007, Sté Item c/ Sté Babou, n° 06/01272 : Inédit.

350 C.A. Paris, 10 mars 1989, Sté Lypobar c/ Sté A la croissanterie, JurisData n° 1989-020774.

351 En ce sens, v. notamment J.-E. Cockborne, « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, 1989, no 2, p. 214. Pour de plus amples développements, v. C. Vincent, *Comportement unilatéral et concours de volontés en droit de la concurrence*, Thèse : Paris II, 1997.

352 La Cour de cassation estime que la pratique des prix imposés ne peut perdurer que tant que les franchisés l'acceptent, au moins tacitement (Cass. Com., 18 mai 1993, Sté Salomon c/ Min. éco., n° 91-20.471, JurisData n° 1993-001037, *JCP E*, 1993, 738, *Gaz. Pal.*, 1998, n° 184, p. 19, note Saint-Esteben). Dans le même sens, Cons. conc., 22 juin 2002, n° 02-D-42.

353 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 4, a.

354 Article L. 420-1 du Code de commerce modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

147. Tests par sondages. Les critères dégagés pour appréhender de telles pratiques en droit des ententes sont sensiblement les mêmes que ceux utilisés sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, si l'on excepte les problèmes spécifiques relatifs aux seuils de sensibilité et à l'affectation du marché. Le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, semble toutefois attacher une importance particulière à déterminer si, en pratique, les prix « conseillés » sont effectivement suivis par une large majorité des franchisés. Dans l'affirmative, il s'agit là d'un élément permettant de douter du caractère simplement indicatif de ces tarifs³⁵⁵. C'est alors la méthode des sondages qui est employée. Lorsque plus de 80 % des franchisés pratiquent le prix prétendument conseillé par le franchiseur, le test est considéré comme positif³⁵⁶. Ce critère ne suffit cependant pas, à lui seul, à caractériser une entente, laquelle suppose également une concertation préalable sur les prix, de même qu'un certain contrôle exercé par le franchiseur, critères qui ne relèvent cependant aucune spécificité en matière d'ententes³⁵⁷.

b-2. L'entente quant aux prix entre franchisés

148. Il peut également y avoir entente sur les prix au sein du réseau en l'absence de tout mécanisme de prix imposés, dans le cadre d'un accord horizontal entre franchisés. Cette hypothèse semble cependant, en pratique, bien plus rare que les ententes verticales. Une telle entente n'a de sens que dans l'hypothèse où les franchisés ne seraient pas protégés par une clause d'exclusivité territoriale et seraient donc susceptibles de convoiter concurrentement la même zone de chalandise. Elle pourrait également avoir un intérêt dans l'hypothèse où la distribution sur internet serait susceptible de lever les verrous géographiques traditionnels. En pareille hypothèse, il resterait délicat d'établir la preuve d'un accord sur les prix, par nature tacite, les contrats de franchise étant par hypothèse taiseux sur les relations entre franchisés³⁵⁸. Aussi, si la sanction des prix imposés est largement acquise en droit de la concurrence, sur le fondement combiné du droit des ententes et du droit des pratiques restrictives de concurrence, sa légitimité ainsi que son efficacité n'en sont pas moins contestées dans le domaine spécifique des réseaux de franchise.

2. Une prohibition contestée en matière de franchise

149. Bien qu'elle soit parfaitement ancrée dans le droit positif, la prohibition des prix imposés subit aujourd'hui de nombreuses critiques. Appliquée à un réseau de franchise, la règle crée parfois des situations paradoxales et s'avère fort délicate à manier **(a)**, tandis que son efficacité est de plus en plus contestée **(b)**.

355 V. par exemple Cons. conc., 22 juin 2005, Pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, n° 05-D-32.

356 Ibid.

357 Cons. conc., 24 janvier 2007, Jeff de Bruges, n° 07-D-04, *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 70, note Malaurie-Vignal. Ces deux derniers critères ne présentent cependant pas de grande spécificité au regard de ceux développés sur le fondement de l'article L. 442-5 du Code de commerce (V. supra, n° 141 et s.).

358 V. en ce sens T. Granier, « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.*, 1991, p. 358.

a. Une prohibition délicate à mettre en œuvre

150. Franchises de production et franchises de distribution. Il convient sans doute de distinguer, eu égard à la question des prix imposés, deux types de réseaux de franchise, selon que les produits distribués sont ou non contrôlés par la tête de réseaux. Comme le fait remarquer Thierry Granier, certains réseaux organisent « *le transfert de méthodes commerciales de distribution de produits qui ne sont pas fournis par le franchiseur* »³⁵⁹, l'exemple le plus courant étant les enseignes de grande distribution. On parle alors couramment de franchises de distribution³⁶⁰. À l'inverse, d'autres réseaux organisent la commercialisation des produits fabriqués, ou en tout cas contrôlés par le franchiseur. L'empreinte du franchiseur est alors souvent très forte, celui-ci souhaitant contrôler le mode de commercialisation de ses produits, en évitant qu'ils soient distribués dans des conditions peu adéquates. D'un point de vue économique ce type de réseau se rapproche davantage de la concession, voire de la distribution par succursales : ce sont les franchises dites de production³⁶¹. Cette catégorie peut encore concerner l'ensemble des franchises de services, qui « distribuent » un service unique, conçu et pensé par le franchiseur.

151. Justification difficile de la prohibition des prix imposés pour les franchises de production. Si, pour la première catégorie, le respect de la prohibition des prix imposés semble relativement aisé, il en va différemment dans la seconde hypothèse. Le prix participe alors souvent du concept, auquel il est plus ou moins lié : ainsi, une enseigne distribuant des produits « discount » est-elle fondée à demander à ses franchisés de pratiquer de tels prix³⁶². Se pose encore la question de la fourniture des logiciels de gestion fournis par le franchiseur qui, pour être tranchée en jurisprudence³⁶³, n'en révèle pas moins le lien intime entre politique tarifaire et savoir-faire transmis. Professer que la première doit être totalement indépendante tout en même temps que le second doit être partagé et transmis relève d'un certain dogmatisme. On peut objecter que la licéité des prix conseillés constitue un juste équilibre entre ces deux impératifs contradictoires, mais l'on ne pourra empêcher que plus le savoir-faire transmis par le franchiseur sera abouti et développé, plus le conseil s'avèrera performatif³⁶⁴.

152. Justification difficile de la prohibition des prix imposés pour les franchises de service. De la même manière, lorsque le prix des produits ou prestations dépend très largement d'investissements réalisés en amont par le franchiseur (ou à tout le

359 Ibid.

360 Sur cette notion, v. supra, n° 19.

361 Sur cette notion, v. également nos propos introductifs, n° 19.

362 C.A. Lyon, 12 juillet 2005, SA Sobadis c/ SA Lyonnaise de développement commercial, JurisData n° 2005-292526.

363 Certains franchiseurs avaient en effet imaginé préprogrammer les logiciels de gestion et caisses enregistreuses avec « leurs » prix, lesquels s'imposaient *de facto* aux franchisés (ibid.).

364 L'exemple le plus symbolique est sans doute le plus emblématique des réseaux de franchise constitué par une grande firme américaine de restauration rapide : on imagine mal constater au sein des établissements du groupe des écarts de prix autres que symboliques, sauf à vider de toute substance le concept développé par le franchiseur.

moins sur ses recommandations), il sera difficile de ne pas admettre que ce dernier a une influence, au moins indirecte, sur les prix pratiqués par les franchisés. Il en va notamment ainsi, en matière de franchise hôtelière³⁶⁵, et plus largement dans toutes les franchises de services à la personne où les investissements mobiliers ou immobiliers ont une grande importance. De même, des différences significatives de prix peuvent nuire à la collaboration interne au réseau, lorsque par exemple la clientèle est susceptible de fréquenter les établissements de différents franchisés par le biais de systèmes d'abonnements, lesquels impliquent une relative homogénéité tarifaire³⁶⁶. Il en va de même de toute opération promotionnelle ou de remise décidée conjointement par l'ensemble des franchisés, bien souvent sur les recommandations du franchiseur. Si les prix conseillés permettent peut-être d'atteindre cet équilibre entre concurrence interne et homogénéité du réseau, c'est probablement au prix d'un effet relativement modeste³⁶⁷. Plus fondamentalement encore, il est permis de s'interroger quant à la pertinence d'un système de concurrence par les prix, là où la franchise place au cœur le service. Il n'est pas impossible d'imaginer qu'en supprimant la concurrence intramarque sur les prix, celle-ci se reporte notamment sur la qualité du service, ce qui correspond davantage à l'esprit du contrat de franchise.

b. Une prohibition aux effets limités

153. Intérêt limité en présence d'exclusivités territoriales consenties aux franchisés. La finalité de la prohibition des prix imposés, tant en tant qu'entente qu'en tant que pratique restrictive de concurrence, est, in fine, de favoriser les intérêts du consommateur en espérant qu'elle puisse avoir un effet bénéfique sur les prix³⁶⁸. Si ce paradigme fonctionne nécessairement entre concurrents, il est sans doute plus difficile à transposer directement entre membres d'un même réseau qui, pour être concurrents, n'en sont pas moins des partenaires liés par un intérêt commun. Aussi, peut-on s'interroger sur l'impact réel d'une prohibition des prix imposés lorsque les franchisés bénéficient d'une exclusivité territoriale pour la distribution de leurs produits. Cette clause qui, en elle-même, n'est pas illicite³⁶⁹, suffit à ôter tout réel impact à la prohibition des prix imposés pour la plupart des consommateurs. En effet, les différences de prix, souvent modestes, entre les différents franchisés ne justifieront pas que ceux-ci fréquentent un établissement qui ne correspond pas à la zone de chalandise dont ils dépendent. Pour le dire autrement, il y a de fortes chances que la barrière géographique instaurée

365 Thierry Granier expose qu'il y existe une règle de gestion dite « du millième », selon laquelle le prix de vente d'une nuitée serait le millième de son coût de revient initial (T. Granier, « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.*, 1991, p. 358).

366 On pense notamment à certaines salles de sport qui permettent à leurs abonnés de bénéficier d'un accès à la totalité du réseau moyennant le paiement d'une redevance unique au sein d'un établissement franchisé.

367 J.-J. Burst et R. Kovar, « La mariée est en blanc », *Gaz. Pal.*, 1986, doct., p. 398.

368 V. supra, n° 125.

369 V. supra, nos propos introductifs sur le caractère licite mais non-essentiel de cette stipulation, n° 12 et s.

par la clause d'exclusivité ne soit plus forte que l'incitation relativement modeste que constitue une différence tarifaire de seulement quelques pour cent.

154. Frein à la publicité comparative entre réseaux. De même, il n'est pas impossible de penser qu'une certaine unité tarifaire au sein d'un même réseau, si elle amoindrit nécessairement la concurrence intramarque, est susceptible de renforcer la concurrence intermarques, par une plus grande lisibilité pour le consommateur. Les comparatifs des tarifs proposés par les différentes enseignes pour des prestations identiques n'en seraient que plus aisés. De même, on pourrait imaginer que les têtes de réseau puissent faire un usage plus systématique de la publicité comparative qui, bien que licite, apparaît difficile à mettre en œuvre à l'échelle d'un réseau de franchise si chaque établissement appartenant au réseau concurrent pratique un tarif différencié.

155. Influence de l'arrêt « Leegin Creative Leather Products ». Ces critiques avancées à l'encontre de la prohibition des prix imposés ont, semble-t-il, trouvé un écho favorable dans les dernières lignes directrices publiées par les instances européennes³⁷⁰. Il est en effet désormais possible pour les entreprises de tenter de renverser la double présomption découlant de la présence d'une restriction caractérisée en démontrant la possibilité de gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3 du traité³⁷¹. La position européenne s'aligne ainsi sur le droit américain, la Cour suprême ayant rejeté toute idée de prohibition per se des prix imposés dans un arrêt du 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*³⁷². Les lignes directrices apportent divers exemples, notamment s'agissant du lancement d'un nouveau produit ou dans le cadre de la fourniture de service de prévente additionnels. Sont en outre explicitement visés par cette possibilité de rachat au titre du droit des ententes les prix imposés qui seraient « nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée »³⁷³.

156. Assouplissement limité en droit européen. Comme l'ont remarqué les premiers commentateurs de ces lignes directrices, il convient sans doute d'aborder cet assouplissement avec une grande prudence³⁷⁴ dans la mesure où les hypothèses visées

370 Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1.

371 Ibid., n° 223.

372 La Cour suprême effectue ainsi un revirement de jurisprudence par rapport à son ancienne doctrine, fixée par l'arrêt *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Parke & Sons Co.*, de 1911. Il est à noter que la Suisse est historiquement l'une des premières législations occidentales à avoir reconnu le caractère licite des prix de revente imposés : v. J. Ibarrola, *Les prix de revente : étude de droit comparé des États-Unis, du Canada et de la communauté européenne*, Mc Gill University (Canada), 1994.

Sur cette décision, v. également V. Sélinosky et C. Montet, « États-Unis : Revirement de jurisprudence sur les prix minima de revente imposés », *Rev. Lamy conc.*, 2007, no 13, p. 14 et s.

373 Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 225

374 G. Toussaint-David, « Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cah. dr. entr.*, 2010, no 4, p. 28.

ont sans doute vocation à demeurer relativement exceptionnelles. Suivant l'exemple américain, il est possible de penser que les instances européennes procéderont à un examen selon la fameuse règle de raison. Appliquant sa nouvelle position, la Cour suprême des États-Unis est notamment venue préciser qu'il convient pour apprécier la licéité de la pratique de prendre en compte le nombre de firmes présentes sur le marché et leur pouvoir de marché afin de prévenir de potentiels cartels³⁷⁵. Du point de vue français, on peut toutefois s'interroger sur l'efficacité d'un tel assouplissement en droit européen des ententes lorsque le droit interne incrimine pénalement, tant au titre des pratiques restrictives de concurrence que du droit social, toute forme de prix imposés, sans pratiquer de telles distinctions³⁷⁶.

* * * * *

* * *

*

157. Au terme de cette analyse, il est possible d'affirmer que la prohibition des prix imposés au sein d'un réseau de franchise demeure perçue comme un rempart efficace et fondamental au déséquilibre contractuel et à la perte d'indépendance du franchisé. De telles pratiques sont lourdement sanctionnées par une multitude de textes et de procédés juridiques (nullité partielle ou totale, requalification, voire résolution), dont la finalité est toutefois identique. Il ne semble cependant pas acquis, en matière de réseaux de franchise, qu'une telle prohibition permette réellement d'atteindre l'objectif qui lui est fixé et consistant en la restauration d'une certaine concurrence intramarque. Le droit de l'Union européenne, sous l'influence outre-Atlantique, paraît avoir amorcé un processus d'assouplissement à cet égard, dont on peut espérer qu'il sera suivi par le droit interne. La prohibition ne nous paraît ainsi pas avoir grand sens dans le cadre de réseaux monomarkes dont le but n'est finalement autre que de distribuer les produits du franchiseur dans des conditions par lui fixées.

II. LA PROHIBITION DES RESTRICTIONS RELATIVES À LA VENTE

158. Traditionnellement, les restrictions de concurrences relatives aux modalités de vente des franchisés étaient strictement géographiques. Procédant à un découpage

375 De nombreux économistes plaident, outre-Atlantique, pour une approche beaucoup plus compréhensive de la pratique des prix imposés et regrettent notamment que les tribunaux ne procèdent pas systématiquement à une analyse selon la règle de raison. V. en ce sens, B. Orbach, « Antitrust Vertical Myopia : The Allure of High Prices », *Arizona L. Rev.*, no 50, p. 261 ou A. Meese, « Price Theory and Vertical Restraints : A Misunderstood Relation », *UCLA L. Rev.*, no 45, p. 143. Barak Orbach propose notamment de distinguer les marchés de produits « non-marqués », des marchés de produits « marqué » ce qui, transposé en matière de franchise, nous semble recouper la distinction que nous proposons supra, n° 150.

376 V. supra, n° 125 et s.

étanche du marché, le franchiseur pouvait être tenté de prohiber à ses affiliés de revendre hors du territoire qui leur était contractuellement alloué, créant alors un monopôle de fait (A). L'apparition d'internet a largement modifié la problématique et les principales interrogations ne concernent plus aujourd'hui l'accès géographique aux marchés, mais bien à un marché dématérialisé (B).

A. L'interdiction de vente hors du territoire, restriction caractérisée

159. Si la règle posée par le règlement d'exemption et la distinction opérée entre vente active et vente passive ne soulèvent pas, en elles-mêmes de grandes difficultés (1), il en va autrement de la qualification du contrat de franchise au regard des différentes définitions des catégories d'accords que donne le règlement européen (2).

1. L'apparente simplicité du règlement d'exemption

160. **Distinction entre ventes actives et ventes passives.** Si le contrat de franchise, contrairement au contrat de concession, ne comporte pas systématiquement une clause d'exclusivité au profit du distributeur³⁷⁷, il n'en demeure pas moins que l'insertion de ce type de stipulation reste relativement fréquente. Se pose dès lors la question de l'étanchéité du découpage territorial ainsi effectué au profit des franchisés. Une étanchéité parfaite supposerait l'interdiction pour chaque franchisé d'empiéter sur le territoire de son voisin, en prohibant à chacun de distribuer ses produits hors du territoire concédé. De telles clauses sont considérées comme une restriction de concurrence caractérisée au terme du règlement d'exemption du 20 avril 2010³⁷⁸. Si cette qualification est ancienne et largement acquise³⁷⁹, elle suscite en revanche encore diverses interrogations. Le droit positif procède en effet à une distinction capitale entre ventes passives et ventes actives, introduite par l'article 4, b, i. Si l'interdiction des premières est prohibée, le règlement admet que les ventes actives puissent être interdites sur les zones bénéficiant d'une exclusivité au profit d'autres franchisés. Les lignes directrices définissent de façon fort détaillée ce qu'il faut entendre par vente active et vente passive. La vente active se caractérise par le fait de procéder à une prospection ou une publicité ciblée à l'endroit de la clientèle relevant d'une zone géographique autre

377 V. supra, n° 12 et s.

378 Reprenant la formulation du précédent règlement le texte qualifie de restriction caractérisée toute clause qui aurait pour effet « *de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement* » (Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 4, b). Suit ensuite l'énumération de quatre hypothèses où une telle clause peut être validée et ne pas faire perdre le bénéfice de l'exemption au contrat qui la contient.

379 La règle existait déjà dans les règlements précédents de 1988 et 1999 et a été posée par le célèbre arrêt Pronuptia (CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84).

que le territoire concédé. La vente passive correspond pour sa part à l'hypothèse où le client prend l'initiative de l'acte d'achat, sans avoir été précédemment visé par un acte de démarchage ou de publicité ciblée. Cette distinction est relativement commode s'agissant des ventes « classiques » et apparaît relativement logique. Elle a cependant généré d'importants débats s'agissant de la revente sur internet. Les dernières lignes directrices apportent cependant un éclairage nouveau sur cette question, qui fera l'objet de développements spécifiques³⁸⁰. Hormis le problème particulier de la vente en ligne, la règle posée par le règlement d'exemption suscite surtout une difficulté quant à la qualification que doit revêtir le contrat de franchise lequel, on le sait, n'est pas défini par le règlement.

2. La simplicité trompeuse du règlement d'exemption

161. Distribution sélective ? L'article 4, c du règlement vient en effet complexifier l'analyse dans la mesure où il dispose que constitue une restriction caractérisée la clause interdisant « *les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective* »³⁸¹. En matière de distribution sélective, la distinction entre vente active et vente passive est donc inopérante, et toute restriction relative à la vente est réputée faire perdre le bénéfice de l'exemption. Certains auteurs s'interrogent alors légitimement sur le point de savoir à quel régime doit être soumis le contrat de franchise³⁸².

162. Le règlement définit en effet la distribution sélective comme un système dans lequel « *le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* »³⁸³. En l'état d'une telle définition, il semble que les qualifications de contrat de franchise et de système de distribution sélective ne soient pas exclusives l'une de l'autre. Si la majorité des contrats de franchise ne relèvent pas de cette définition dans la mesure où ils ne comportent pas d'obligation pour les franchisés de ne pas vendre leurs biens ou services à des distributeurs non agréés, une telle obligation n'est pas, par principe, incompatible avec l'existence d'un contrat de franchise. C'est ainsi que l'on a pu conseiller aux franchiseurs, dans le doute, de n'interdire ni les ventes actives, ni

380 V. infra, n° 167 et s.

381 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 4, c.

382 V. notamment P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 434. Sous l'empire du règlement de 1999, le débat s'était essentiellement focalisé sur la question de la vente sur internet. Si les lignes directrices prises sur le fondement du nouveau règlement, l'ambiguïté quant à la qualification à apporter au contrat de franchise n'a, elle, pas été levée.

383 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 1, e

les ventes passives, craignant une application extensive de l'article 4, c³⁸⁴. Il résulterait d'une telle interprétation du règlement une réelle remise en cause du maillage territorial opéré par les réseaux, ce dernier perdant toute pertinence s'il devenait impossible au franchiseur de prohiber la concurrence active entre ses propres franchisés. En vérité, le débat s'est aujourd'hui déplacé vers un autre domaine où l'exclusivité territoriale n'a plus grand sens en raison de la dématérialisation. Les enjeux principaux quant aux restrictions relatives à la vente concernent désormais le monde virtuel et internet.

B. L'interdiction de vente sur internet, restriction caractérisée

163. Le droit européen affirme désormais nettement la licéité du recours par chaque franchisé à la distribution sur internet (1), même si le franchiseur demeure libre d'encadrer ce mode de distribution (2).

1. L'affirmation de la licéité du recours à internet par les franchisés

164. Affirmer que les franchisés sont libres de recourir à la commercialisation en ligne implique d'admettre qu'il leur est possible d'ouvrir un site internet sans violer leurs engagements vis-à-vis du franchiseur (a) et que les ventes ainsi effectuées ne peuvent être qualifiées de ventes actives dans le cas où elles toucheraient un client implanté dans une autre zone de chalandise (b).

a. La possibilité d'ouverture d'un site internet

165. **Distribution « multicanal ».** Si la Commission n'a pas voulu réserver un sort à part à la vente sur internet au sein du nouveau règlement, les lignes directrices offrent en revanche de larges développements sur cette question qui suscite de nombreuses interrogations. Le principe est clairement posé : il est interdit à la tête de réseau d'exclure de façon générale la vente en ligne par ses distributeurs³⁸⁵, sauf à risquer de perdre le bénéfice de l'exemption par catégorie. Le corollaire de ce principe est la réception en droit européen d'une règle déjà connue en droit interne : « *l'utilisation par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent* »³⁸⁶. Toute solution contraire aurait en effet permis

384 H. Bensoussan, « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », *D.*, 2000, p. 629 et s., n° 4.

385 « *internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits* » affirment les lignes directrices (Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 52).

386 Lignes directrices sur les restrictions verticales, n° 57. Cette position est celle de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 2006, lequel faisait explicitement référence au règlement de 1999 (Cass. Com., 14 mars 2006, Sté Flora Partner c/ SARL Laurent Portal Rouvelet, n° 03-14.639, *JurisData* n° 2006-032686, *D.*, 2006, p. 931, *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 98, note Chabert, *Cont. conc. consom.*, 2006, n° 5, p. 26, note Malaurie-Vignal, *RJ com.*, 2006, n° 3, p. 322, note Lebreton-Derrien,

au franchiseur de s'opposer à la création d'un site internet par l'un de ses franchisés en encadrant, voire en interdisant l'ouverture d'un nouveau point de vente. Bien que les lignes directrices visent explicitement l'ouverture d'un site internet par le distributeur, on peut raisonnablement en déduire que la solution est transposable à l'ouverture d'un site internet par la tête de réseau. Un tel raisonnement par analogie implique donc la possibilité pour le franchiseur de distribuer ses produits en ligne, y compris aux clients implantés dans une zone concédée en exclusivité à un franchisé. Cette solution est, en tout état de cause, de droit positif au terme de la jurisprudence de la Cour de cassation³⁸⁷.

166. Naturellement, une telle position, favorable au développement de ce que d'aucuns nomment la distribution « multicanal »³⁸⁸ tempère nettement la portée des éventuelles clauses d'exclusivité territoriale³⁸⁹. De la même manière que la prohibition des prix imposés, elle a pour objectif évident de favoriser la concurrence intraréseau, mais risque de le faire au détriment de la concurrence intermarques³⁹⁰. Le droit au site internet que proclament implicitement les lignes directrices resterait cependant un vœu pieux s'il n'était pas assorti d'importantes précisions quant aux conditions de son utilisation.

b. Le principe de la qualification de ventes passives des ventes en ligne

167. En effet, il ne suffit pas que les distributeurs aient la possibilité d'ouvrir leur propre site internet pour prétendre améliorer les conditions de concurrence. Encore faut-il déterminer à quelle clientèle pourront s'adresser les différents distributeurs. La question fondamentale est en vérité de savoir s'il est possible pour un franchisé de commercialiser ses produits à l'endroit d'une clientèle établie dans une zone conférée en exclusivité à l'un de ses co-franchisés. En d'autres termes, une vente sur internet doit-elle être considérée comme une vente active ou une vente passive ? La question a alimenté le débat doctrinal pendant plusieurs années³⁹¹, bien qu'il soit aujourd'hui

JCP E, 2006, n° 23, p. 1012, note Reverdy, *JCP G*, 2006, I, 153, note Ghestin, *RTD civ.*, 2006, n° 3, p. 553, note Mestre, *RDC*, 2006, n° 3, p. 786, note Behar-Touchais, *D.*, 2006, p. 1901, note Kenfack, *D.*, 2007, p. 1911, note Ferrier.)

387 V. par exemple Cass. Com., 14 mars 2006, Sté Flora Partner c/ SARL Laurent Portal Rouvelet, n° 03-14.639, JurisData n° 2006-032686, *D.*, 2006, p. 931, *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 98, note Chabert, *Cont. conc. consom.*, 2006, n° 5, p. 26, note Malaurie-Vignal, *RJ com.*, 2006, n° 3, p. 322, note Lebreton-Derrien, *JCP E*, 2006, n° 23, p. 1012, note Reverdy, *JCP G*, 2006, I, 153, note Ghestin, *RTD civ.*, 2006, n° 3, p. 553, note Mestre, *RDC*, 2006, n° 3, p. 786, note Behar-Touchais, *D.*, 2006, p. 1901, note Kenfack, *D.*, 2007, p. 1911, note Ferrier.

388 C. Chabert, « Franchise et site Internet : le multicanal est à l'honneur », note sous Cass. Com., 14 mars 2006, *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 98.

389 En ce sens notamment, H. Bensoussan, « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », *D.*, 2000, p. 629 et s.

390 V. supra, n° 149 et s.

391 V. notamment N. Castagnon, « Internet et réseaux de distribution », *Contrats, conc. consom.*, 2003, no 10, p. 12 et s ; D. Ferrier, « La distribution sur Internet », *JCP G*, 2000, no 30, p. 12 ; O. Gast et O. Renaud, « Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ? », *LPA*, 2001, no 167, p. 4 ; H. Kenfack, « Internet, franchise et droit des affaires », *D.*, 2006, p. 1901 et s ; A. Lecourt, « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », *D.*, 2004, p. 623 et s ; L. Vogel,

clairement tranché. Le principe est ainsi posé que les ventes électroniques doivent, a priori, être assimilées à des ventes passives³⁹². Il est vrai que l'ouverture d'un site internet ne constitue pas en soi, un acte de démarchage volontaire, comme le sont les hypothèses qualifiées de ventes actives³⁹³. Le site internet est, par essence, accessible à quiconque et ne peut donc être taxé de viser une clientèle spécifique.

168. Possibilité d'exclure les pure players. Dès lors, toute stipulation contractuelle qui aurait pour objet ou pour effet de limiter la possibilité des franchisés de recourir à ce mode de distribution serait susceptible de faire perdre le bénéfice de l'exemption au contrat de franchise. Les lignes directrices offrent quelques exemples concrets des formes que pourraient prendre de telles clauses. Sera ainsi considérée comme une restriction caractérisée la limitation de l'accès au site internet du franchisé en fonction de la provenance géographique des visiteurs, le renvoi automatique vers le site d'autres distributeurs en fonction de ces mêmes informations, ou encore l'obligation de fixer des tarifs différents selon le mode de distribution choisi³⁹⁴. Serait encore susceptible d'entraîner la perte de l'exemption une stipulation imposant une part minimum de chiffre d'affaires réalisé en ou hors ligne³⁹⁵. Si la fixation d'un tel seuil en terme de proportion est prohibée, il reste en revanche loisible au franchiseur de fixer un minima en volume de chiffre d'affaires, ce afin d'éviter la création de points de vente « fantômes », qui s'apparenteraient au final à de simples *pure players*³⁹⁶.

2. Les limites du recours à internet par les franchisés

169. Si la volonté des instances européennes de permettre aux franchisés un large recours à internet est manifeste, elle n'en présente pas moins certaines limites qui tendent en vérité à la préservation minimale du réseau. La distribution sur internet peut ainsi faire l'objet de restrictions afin d'éviter une implosion du réseau en prohibant des pratiques « agressives » **(a)**, ainsi qu'en limitant les attitudes de *pure players* **(b)**.

a. La qualification exceptionnelle de ventes actives des ventes en ligne

170. Pratiques déloyales. Sous les réserves précédemment énoncées, le franchiseur demeure a priori libre d'interdire les ventes actives, sur internet comme ailleurs³⁹⁷. Or, la présomption faisant des ventes en ligne des ventes passives est une présomption réfragable. Le point 53 des lignes directrices énonce en effet que « *une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs parties à l'accord est compatible avec le règlement*

« La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », note sous CJUE, 13 octobre 2011, *JCP E*, 2012, 1111, p. 25.

392 Cette règle a été énoncée par les lignes directrices de 2000 au point 51.

393 V. supra, n° 160.

394 Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 52.

395 Ibid.

396 Sur cette question, V. n° 171 et s.

397 Sur les implications de cette distinction en matière de ventes en ligne, v. n° 167.

d'exemption par catégorie dans la mesure où la promotion des produits sur internet ou l'utilisation d'internet entraînerait, par exemple, la réalisation de ventes actives sur les territoires ou aux clients exclusifs d'autres distributeurs »³⁹⁸. Les exemples donnés par la commission de ce qui serait susceptible de constituer des ventes en ligne actives est particulièrement intéressant. Il pourrait s'agir, notamment, de la publicité ciblée ou de la rémunération d'un moteur de recherche afin d'atteindre spécifiquement une clientèle protégée par une clause d'exclusivité. Il s'agit en somme d'assurer une dose d'opposabilité à l'exclusivité consentie par le franchiseur à un autre franchisé, en prohibant des pratiques qui, si elles ne sont pas agressives, sont à tout le moins déloyales. Aussi la portée de l'exception que constitue la qualification de ventes actives des ventes en ligne doit-elle être largement relativisée. Le franchiseur a certes la possibilité de limiter contractuellement de telles ventes sans perdre le bénéfice de l'exemption. Toutefois, même en l'absence d'une telle limitation contractuelle, il y a fort à parier que les principales pratiques visées seraient, en droit interne, susceptibles de tomber sous le coup d'une action en concurrence déloyale intentée par le co-franchisé. Davantage que la cohérence du réseau, c'est donc d'abord la simple loyauté de la concurrence qui est protégée entre les membres du réseau, comme elle le serait à l'égard de n'importe quel concurrent.

b. L'encadrement des pure players

171. Il s'agit là de la limite la plus importante que le franchiseur est susceptible d'imposer valablement à ses franchisés. Au terme des lignes directrices, le fournisseur est susceptible « *d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution* »³⁹⁹. Une telle restriction a pour but évident d'empêcher qu'un distributeur ne tire indûment profit de la renommée et du savoir-faire du réseau, sans en supporter les charges inhérentes à l'ouverture d'un point de vente physique. C'est ce que la doctrine économique, et dorénavant juridique, désignent sous le terme de « *pure player* ». La solution était déjà connue tant des autorités de la concurrence nationale⁴⁰⁰ et européenne⁴⁰¹ que des instances judiciaires⁴⁰². Au reste, c'est paradoxalement le franchiseur qui se retrouvera parfois en pareille situation, c'est-à-dire distribuant ses propres produits par le biais d'un site internet, sans nécessairement disposer en son nom personnel d'un point de vente physique sous la forme d'une succursale.

172. Cette possibilité offerte au franchiseur d'exclure les « *pure players* » fait l'objet d'une réception mitigée, d'aucuns contestant son opportunité et regrettant qu'une telle

398 Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 53

399 *Ibid.*, n° 54.

400 Cons. conc., 24 juillet 2006, Festina France, n° 06-D-24.

401 Comm. CE, 17 mai 2001, Yves Saint-Laurent Parfums, communiqué IP/01/713 ou Comm. CE, 24 juin 2002, B & W Loudspeakers.

402 V., sur recours d'une décision du Conseil de la concurrence, C.A. Paris, 16 octobre 2007, Bijourama/Festina France

restriction ne soit pas conditionnée à la démonstration par la tête de réseau d'une justification objective. La Fédération du e-commerce et des ventes à distances (FEVAD) craint ainsi que cette règle « *puisse désormais servir de prétexte à certains fournisseurs pour exclure de leur marché les sites vendant exclusivement sur internet ou sur catalogue* »⁴⁰³. Ici, comme en beaucoup d'autres domaines, l'intérêt et la sauvegarde du réseau nous semblent toutefois justifier de légères restrictions de concurrence. Il est vrai que le raisonnement a ceci de particulier qu'il fait fi du principe de proportionnalité auquel le droit de la concurrence a pourtant fréquemment recours en pareille matière⁴⁰⁴. Gageons cependant que ce principe sera réintroduit par la seule loi du marché, la tête de réseau n'ayant a priori aucun intérêt à se priver du recours aux pure players (dont certains sont presque devenus incontournables dans leur secteur et représentent d'importantes parts de marché) si cette exclusion n'est pas justifiée par un motif légitime.

173. Méconnaissance du savoir-faire. Une voie médiane est encore envisagée par les lignes directrices qui autorisent le franchiseur à « *imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits* »⁴⁰⁵. Cette possibilité prend évidemment une importance particulière en matière de réseau de franchise. Il n'est pas impossible de penser que cette faculté soit susceptible, dans ce domaine, de se muer en obligation, tant l'assistance et la fourniture de normes pour l'ouverture d'un site internet entre dans le cadre de l'obligation pesant sur le franchiseur de transmission d'un savoir-faire⁴⁰⁶. Poussant le raisonnement, il est encore possible de s'interroger sur les conséquences d'une éventuelle incompatibilité entre le savoir-faire, la réputation du réseau et la vente sur internet. Le franchiseur a-t-il la possibilité d'interdire, purement et simplement, le recours à la vente en ligne à supposer que celle-ci soit incompatible avec l'activité du réseau ? Une telle position paraît de prime abord incompatible avec le point 52 des lignes directrices⁴⁰⁷, la préservation d'une supposée concurrence interne et de la libre circulation des produits l'emportant ici encore sur la sauvegarde du réseau. L'arrêt Pierre Fabre⁴⁰⁸ offre un exemple édifiant des excès auxquels peut mener une telle position. Comme le note le Professeur Louis Vogel, « *l'argument de la préservation de l'image de prestige du produit, qui pourtant est généralement considéré comme déterminant [...], n'a aucune chance d'être retenu* »⁴⁰⁹, le point 46 de la décision estimant que « *l'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour*

403 Fédération du e-commerce et des ventes à distances, *Communiqué de presse du 16 avril 2010*.

404 C'est notamment le cas en matière de clause de non-concurrence, tant du point de vue du droit des obligations que de celui des restrictions verticales de concurrence (V. infra, n° 336 et s).

405 Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 54.

406 V. supra, n° 15 et s.

407 V. supra, n° 163 et s.

408 CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence, n° C-439/09, *JCP E*, 2012, n° 11, p. 25, note Vogel.

409 L. Vogel, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », note sous CJUE, 13 octobre 2011, *JCP E*, 2012, 1111, p. 25

restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE »⁴¹⁰.



174. Parvenus au terme de cette section consacrée aux pratiques et clauses expressément prohibées entre les parties au contrat de franchise par le droit de la concurrence et principalement par le règlement européen sur les restrictions verticales, un constat semble s'imposer. Tant la prohibition des prix imposés que celle des restrictions quant aux ventes sont indéniablement de nature à favoriser la concurrence interne au réseau. Il est toutefois regrettable que l'impact de ces prohibitions *per se* ne soit pas davantage mesuré par l'application d'une règle de raison. En effet, soucieux de protéger toute atteinte à la liberté du commerce, le droit de la concurrence pêche peut-être par excès de zèle. Ainsi, la prohibition des prix imposés semble particulièrement contestable s'agissant de franchises dites de production voire de service. En tout état de cause, son impact apparaît pour le moins limité – souvent à raison des exclusivités territoriales consenties aux franchisés qui dissuadent le consommateur de faire réellement jouer la concurrence interne au réseau. La concurrence par les prix entre distributeurs d'un même réseau relève souvent de l'infinitésimal (quelques centimes ou dixièmes de pour cent) et rend en revanche nécessairement moins lisible la concurrence interréseau. En matière de publicité comparative, par exemple, la prohibition des prix imposés rend particulièrement périlleux le lancement de campagnes nationales, ou oblige à de multiples précautions oratoires à l'instar des biens connus « prix moyens constatés ». De la même manière, les récentes évolutions quant à la distribution en ligne sont probablement de nature à induire une multiplication de l'offre, parfois peu compatible avec l'exigence de lisibilité, voire difficilement conciliable avec le savoir-faire de certains réseaux. Commentant le célèbre arrêt Pierre Fabre rendu en matière de distribution sélective, le Professeur Louis Vogel n'hésite pas à affirmer qu'« *un tel raisonnement apparaît entièrement déconnecté des préoccupations de concurrence : ne tenant aucun compte, par définition, de la situation du marché, il se focalise sur les raisons d'ordre public qui pourraient fonder une restriction à la concurrence en droit de la libre circulation (mais qui ne trouvent aucun fondement en droit de la concurrence)* »⁴¹¹.

175. Les récentes évolutions du droit européen néanmoins aller dans le sens d'un relatif assouplissement, tout au moins s'agissant des prix imposés. Elles ne sont malheureusement pas nécessairement en cohérence avec le droit interne. Des avancées dans le sens d'une meilleure prise en compte de la spécificité des réseaux de franchise

410 CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence, n° C-439/09, *JCP E*, 2012, n° 11, p. 25, note Vogel.

411 L. Vogel, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », note sous CJUE, 13 octobre 2011, *JCP E*, 2012, 1111, p. 25.

pourraient peut-être venir d'un traitement différencié réservé à ces derniers par rapport aux autres modes de distribution verticale. Le raisonnement à opérer en matière de prix imposés ou de restrictions à la vente pourrait probablement utilement s'inspirer de celui utilisé en matière de restrictions simples, c'est-à-dire de pratiques licites, mais étroitement contrôlées par le droit de la concurrence.

SECTION II. LES PRATIQUES ÉTROITEMENT CONTRÔLÉES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

176. Deux pratiques visant à réduire la concurrence interne au réseau pendant l'exécution du contrat sont traditionnellement placées dans le collimateur du droit de la concurrence. Il s'agit principalement des clauses dites d'approvisionnement exclusif **(I)** ainsi que des clauses de non-concurrence⁴¹², dont les premières ne sont in fine qu'une catégorie spécifique **(II)**.

I. LA CLAUSE D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF

177. Les règles du droit de la concurrence semblent de plus en plus favorables à la clause d'approvisionnement exclusif, suivant en cela le même processus d'assouplissement que celui qui a pu être observé concernant les restrictions caractérisées **(A)**. En revanche, il n'est pas certain que les règles de droit commun soient parfaitement en phase avec cet assouplissement progressif du droit de la concurrence **(B)**.

A. Un droit de la concurrence de plus en plus souple

178. **Clause non essentielle.** Le contrat de concession emporte a priori l'obligation pour le concessionnaire de s'approvisionner exclusivement auprès de son concédant⁴¹³.

412 Il ne sera toutefois étudié dans cette section que les interdictions de concurrence produisant leurs effets pendant la durée du contrat. Les limitations de concurrence post-contractuelles, qui alimentent l'essentiel des débats doctrinaux et du contentieux jurisprudentiel, feront l'objet d'un traitement spécifique au sein du Titre II consacré à au maintien d'une concurrence loyale à l'issue des relations contractuelles.

413 Bien que cette affirmation ne soit pas parfaitement exacte, s'agissant notamment des contrats de concession automobile où le multimarquisme est possible au terme du règlement 1400/2002 du 31 juillet 2002. Celui-ci vit toutefois ses dernières heures car, bien qu'ayant été prorogé jusqu'au 31 mai 2013, la Commission a considéré qu'il n'était pas nécessaire de maintenir l'obligation spécifique du multimarquisme. Les concessionnaires automobile devraient donc, à l'été 2013, retourner dans le giron du droit commun (v. J. Vogel, « Les clauses de non-concurrence pendant la vie du contrat », *Jurisprudence automobile*, 2012, no 839, p. 15).

La situation est tout autre en matière de franchise : la transmission d'un savoir-faire et la réitération d'une réussite n'impliquent pas automatiquement la stipulation d'une obligation d'approvisionnement exclusif à la charge du franchisé. Ces clauses demeurent néanmoins fréquentes, dans la mesure où elles participent inévitablement de l'unité du réseau et augmentent la puissance d'achat dans le cadre des franchises de distribution. Le droit de la concurrence s'est très tôt penché sur leur licéité. C'est la Cour de justice des communautés européennes qui a, la première, tranché cette question dans le célèbre arrêt Pronuptia⁴¹⁴, estimant que cette clause découle de la nécessité pour le franchiseur de « *prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne* »⁴¹⁵. Toutefois, il convient, selon cette décision, que l'exclusivité soit nécessaire à la préservation de cette identité et qu'il soit impossible pour le franchiseur d'obtenir un résultat équivalent par l'imposition de normes de qualités. Cette position innovera l'ensemble du droit de la concurrence, tant interne qu'euro-péen pendant plus de dix ans. Le règlement de 1988 exemptait en effet les clauses d'approvisionnement exclusif « *dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur, ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé* »⁴¹⁶. Cette position fut elle-même reprise tant en droit interne de la concurrence, qu'en droit commun – quoiqu'avec quelques nuances⁴¹⁷.

179. Évolution favorable. Sans rompre totalement avec cette approche, le règlement de 1999 apporte quelques nuances et traduit une approche plus objective de la licéité des clauses d'approvisionnement exclusif, largement reprise par le règlement du 20 avril 2010 et ses lignes directrices. Les conditions successives posées par ces textes ne sont pas toujours synonymes de clarté, si bien qu'il n'est pas toujours aisé d'avoir une vision d'ensemble du droit positif. Selon l'article 1, d) du règlement, doit être qualifiée d'obligation de non-concurrence « *toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause* »⁴¹⁸. On peut aisément, a contrario, déduire de cette définition que toute clause d'approvisionnement exclusif qui imposerait un seuil d'achat minimum inférieur à 80 % échapperait automatiquement à l'application du règlement. Ceci n'est pas illogique dans la mesure où une telle clause n'impose pas, de fait, un approvisionnement exclusif, mais seulement majoritaire. Dans l'hypothèse où le seuil des 80 % est franchi, la clause est qualifiée par le règlement d'obligation de non-concurrence. Pour pouvoir bénéficier de l'exemption,

414 CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84.

415 Ibid.

416 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise, art. 3.1.

417 V. infra, n° 191 et s.

418 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 1, d.

une telle clause doit, au terme de l'article 5, 1), a) être limitée à une durée maximale de cinq ans. Cette condition posée à l'exemption s'accommode relativement mal aux objectifs poursuivis par une clause d'approvisionnement exclusif qui, par essence, a vocation à produire ses effets pendant toute la durée du contrat. Le fait que la clause d'approvisionnement fixe un seuil au-delà de 80 % et soit prévue pour une durée supérieure à cinq ans n'exclut cependant pas toute possibilité d'exemption.

180. Quatre conditions cumulatives à l'illicéité de la clause. Les lignes directrices sur les restrictions verticales réintroduisent en effet la solution classique consistant à exempter les obligations d'approvisionnement exclusif nécessaires à la protection du réseau. On y lit ainsi qu'« *une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé* »⁴¹⁹, la durée de l'obligation de non-concurrence n'étant pas, en pareil cas, un facteur pertinent. On pourrait s'étonner qu'il revienne aux lignes directrices, pourtant dépourvues de toute force normative, de limiter ainsi la portée d'une norme édictée par le règlement. Il en résulte néanmoins que l'exemption ne sera pas remise en cause à supposer que la clause d'approvisionnement exclusif porte sur plus de 80 % des achats et ait une durée supérieure à cinq ans, à condition de remplir les conditions posées par les lignes directrices. Aussi, est-il possible de résumer de la sorte le régime des clauses d'approvisionnement exclusif en droit de l'Union européenne en matière de contrat de franchise. Une telle clause n'est illicite que si elle remplit cumulativement l'ensemble des conditions suivantes :

- elle affecte sensiblement le commerce entre États membres et restreint le jeu de la concurrence dans le marché commun ;
- elle impose un approvisionnement concernant au moins 80 % des achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause ;
- elle porte sur une durée supérieure à cinq ans ;
- elle n'est pas nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé.

Autant dire, au terme de cette analyse, que le régime des clauses d'approvisionnement exclusif s'est largement assoupli depuis l'arrêt Pronuptia, la défaillance de l'une seule des quatre conditions précitées suffisant à permettre de bénéficier de l'exemption. Le Conseil de la concurrence ayant toujours repris à son compte les analyses européennes pour juger de la validité des clauses d'approvisionnement exclusif⁴²⁰, notamment sous l'empire des précédents règlements, on peut gager qu'il en sera de même s'agissant du nouveau texte⁴²¹. Le peu de recul et l'absence de jurisprudence récente incitent

419 Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 190.

420 V. par exemple Cons. conc., 24 mai 1994, Jacques Dessange, n° 94-D-31

421 Le Conseil de la concurrence a rendu, en 2007, une décision validant le recours à une clause d'approvisionnement exclusif aux motifs que celle-ci était « *nécessaire pour assurer l'identité, l'unité et la réputation du réseau et de la marque* » (Cons. conc., 24 janvier 2007, Jeff de Bruges,

toutefois à une certaine prudence. Cependant, cet assouplissement progressif, mais néanmoins appuyé du droit de la concurrence pourrait bien conduire à déplacer le débat. Il s'avère en effet que le droit commun, forgé à l'aune de l'arrêt Pronuptia, se trouve aujourd'hui en décalage avec ce qu'il est convenu d'appeler le « grand » droit de la concurrence.

B. Un droit commun relativement incertain

181. La clause d'approvisionnement exclusif n'a pas suscité l'intérêt du législateur depuis la fameuse loi du 14 octobre 1943. C'est dès lors à la jurisprudence qu'il est revenu de forger le régime de ces clauses, au regard du droit commun. Aussi, la Cour de cassation s'est-elle initialement alignée sur la position européenne, au milieu des années 1990. Aussi, ce sont les critères en vigueur à cette époque au plan européen qui ont été consacrés (1), créant aujourd'hui un certain décalage du fait de l'assouplissement des normes européennes (2).

1. Les critères classiques de validité de la clause d'approvisionnement exclusif

182. Au regard du droit commun, le législateur s'est ainsi attaché à fixer la durée de la clause d'exclusivité (a), tandis que c'est à la jurisprudence qu'il est revenu la tâche de fixer le régime de cette clause, principalement quant à son opportunité (b).

a. Le critère légal quant à la durée

183. **Article L. 330-1 du Code de commerce.** La loi du 14 octobre 1943, codifiée à l'article L. 330-1 du Code de commerce, limite à dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité. Il en résulte un décalage évident entre les conditions de validité d'une clause d'exclusivité selon qu'elle est appréciée sous l'angle du droit commun ou du droit de la concurrence. Les contrats qui ne sont pas susceptibles d'affecter le marché et qui échappent ainsi à l'application du droit des ententes bénéficient donc d'un régime plus souple à l'égard de la durée des clauses d'approvisionnement exclusif. Au surplus, la jurisprudence est venue préciser qu'une clause dont la durée serait supérieure à dix ans n'encourt pas pour autant la nullité. Cette stipulation produit ses effets pendant les dix premières années, et devient caduque au-delà⁴²². De même, à supposer que la clause d'exclusivité soit un élément déterminant du consentement des parties – ce qui apparaît peu probable en matière de franchise – le contrat serait également

n° 07-D-04, *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 70, note Malaurie-Vignal). Comme le relève un auteur, en l'absence de précision, on ignore si cette position doit être analysée comme une résurgence de l'ancienne solution, ou l'application des lignes directrices alors en vigueur (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 321).

422 Pour l'application de cette solution à un contrat de franchise, v. C.A. Toulouse, 4 décembre 1997, JurisData n° 1997-056215. Dans le même sens déjà, Cass. Com., 1er décembre 1981 : Bull. civ. IV, n° 423.

caduc à l'issue de la période de dix ans⁴²³. En somme, l'intérêt de cette disposition est aujourd'hui extrêmement mesuré. Il en va tout autrement des critères forgés par la jurisprudence.

b. Les critères jurisprudentiels quant à l'opportunité

184. La jurisprudence dégage deux critères, a priori cumulatifs, pour apprécier de la validité des clauses d'approvisionnement exclusif. Il convient d'une part que ces produits aient un lien direct avec le savoir-faire (**b-1**), mais encore qu'il soit impossible de définir des critères objectifs de qualité permettant leur substitution (**b-2**).

a-1. Une exclusivité portant sur des produits
en lien avec le savoir-faire

185. Dénaturation du savoir-faire. La clause d'exclusivité d'approvisionnement peut en réalité avoir deux liens différents avec le savoir-faire, selon le type de franchise⁴²⁴. Dans le cadre d'une franchise de distribution, l'exclusivité aura pour but de contraindre les franchisés à se fournir par le biais de la centrale d'achat du réseau, afin d'augmenter la puissance d'achat et l'effet de levier de ce dernier. C'est alors afin de préserver l'intérêt du réseau et de ses adhérents qu'est stipulée la clause d'exclusivité⁴²⁵. Dans le cadre de franchises de service, la clause d'exclusivité entretient un lien encore plus étroit avec le savoir-faire : il s'agira pour le franchiseur de contrôler que les produits utilisés par le franchisé n'altèrent pas le savoir-faire communiqué. L'exemple typique est celui des franchises de salon de coiffure, où les franchisés s'engagent à utiliser les produits de coiffage recommandés par la tête de réseau⁴²⁶. Bien évidemment, ces deux justifications à la clause d'exclusivité ne sont pas antinomiques l'une de l'autre. Un franchiseur dans le domaine des grandes surfaces exigera ainsi non seulement de ses franchisés qu'ils se fournissent auprès de sa centrale d'achat pour leur stock, mais également auprès de lui-même ou de fournisseurs référencés s'agissant de divers matériels immobilisés tels que les enseignes et autres systèmes de gestion.

186. La seconde hypothèse, touchant principalement les franchises de services, est la plus aisément concevable. La jurisprudence s'attachera alors à vérifier que les produits visés par l'exclusivité sont bien nécessaires à la mise en œuvre du savoir-faire délivré par le franchiseur. Sont par conséquent regardées comme illicites les clauses visant à limiter les possibilités d'approvisionnement quant aux caisses enregistreuses⁴²⁷, aux

423 Cass. Com., 10 février 1998, ED Le Maraicher c/ Sté ED Le Maraicher La Courneuve, n° 95-21.906, JurisData n° 1998-000524 ; Bull. civ. IV, n° 71, *JCP G*, 1998, IV, 1733.

424 Sur ces distinctions, v. n° 19.

425 Le Conseil de la concurrence avance ainsi que la clause d'exclusivité a pour but « *la négociation avec les fournisseurs de remises et de ristournes fondées sur les volumes de vente potentiels et la garantie de paiement du franchiseur* » (Cons. conc., 11 avril 2000, n° 00-D-10).

426 Ce sont notamment les faits ayant donné lieu à la décision Jacques Dessange (Cons. conc., 24 mai 1994, Jacques Dessange, n° 94-D-31).

427 C.A. Paris, 18 mars 1997, JurisData n° 1997-023957.

imprimantes⁴²⁸, aux éléments d'aménagement des magasins⁴²⁹ ou encore au matériel publicitaire⁴³⁰ – quoique l'on pourrait avancer que ces deux derniers éléments sont loin d'être sans lien avec le savoir-faire.

187. Problème des centrales d'achat. Le lien entre savoir-faire et clause d'exclusivité est en revanche, de prime abord, moins évident dans l'hypothèse où l'exclusivité a pour objet les marchandises distribuées et vise à instaurer un monopôle auprès d'une centrale d'achat. Cette restriction de concurrence aurait pour but de permettre aux franchisés de bénéficier de tarifs plus attractifs par le biais de l'effet de groupe. Si tel est réellement le cas, on conçoit cependant mal quel pourrait être l'intérêt pour un distributeur de violer la clause : perdant l'effet de levier propre au réseau, il serait alors contraint de se fournir à des prix plus élevés que ceux dont il bénéficie en s'approvisionnant auprès de son propre groupement. La simple incitation économique devrait donc suffire à contraindre le franchisé au respect de l'exclusivité. À l'inverse, la violation de cette obligation par un membre du réseau signifierait que celui-ci est capable, individuellement, de s'approvisionner dans des conditions plus favorables que celles proposées par le groupement. C'est ainsi dire, en pareil cas, que la clause d'exclusivité n'a pas d'intérêt pour la protection du réseau et du savoir-faire. Ainsi présentée, la clause d'exclusivité portant sur les produits distribués dans les franchises de distribution est donc au mieux superflue, au pire injustifiée⁴³¹.

188. Elle peut en revanche trouver une justification similaire à celle avancée dans les franchises de service dans l'hypothèse où le franchiseur procède à une sélection d'articles, par exemple sur des critères de qualité. La clause d'exclusivité visera alors à prévenir des comportements que les économistes qualifient de « passager clandestin », un membre du réseau profitant de la notoriété de ce dernier, sans pour autant commercialiser des marchandises répondant aux critères de qualité imposés.

b-2. L'impossibilité de définir des critères objectifs de qualité

189. La clause d'exclusivité ne peut apparaître nécessaire ou indispensable au maintien de l'image du réseau et de son savoir-faire que si les franchisés n'ont pas la possibilité de se procurer des produits identiques, ou à tout le moins similaires et équivalents, auprès d'autres fournisseurs. De là, la jurisprudence déduit implicitement qu'une clause d'exclusivité n'est valable qu'à la condition qu'elle soit justifiée par l'impossibilité ou la difficulté de définir et de mettre en œuvre des critères objectifs permettant de sélectionner les produits à utiliser ou à distribuer dans le cadre de la franchise⁴³². Cette

428 L. Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RID éco.*, 2005, no 1, t. XIX, p. 27 et s.

429 En ce sens, v. E.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 719.

430 Cons. conc., 6 juillet 1999, Yves Rocher, n° 99-D-49, *LPA*, 1999, n° 211, p. 11, note Arhel.

431 Il serait toutefois caricatural d'exclure toute idée de sélection dans le domaine, le franchiseur étant parfaitement fondé à limiter les produits distribués par ses franchisés, afin que ces derniers ne violent pas le concept de la franchise.

432 Cass. Com., 2 juillet 2002, Sté Intercaves c/ Le Hen, n° 00-14.939 : Inédit, *RJDA*, 2002, n° 1206.

idée est probablement à mettre en lien avec la notion de proportionnalité, laquelle permet à un auteur d'avancer qu'il convient « *de proportionner la clause d'approvisionnement aux performances du modèle à réitérer* »⁴³³. Plus la sélection des produits s'avère délicate à réaliser, plus la clause d'approvisionnement sera considérée comme justifiée. Ainsi, la Cour de cassation approuve-t-elle une Cour d'appel d'avoir validé une clause d'approvisionnement exclusif dans la mesure où, « *compte tenu de la gamme des marchandises proposées ainsi que de l'évolution constante et rapide des techniques de fabrication, la formulation des spécifications objectives de qualité que les franchisés pourraient eux-mêmes appliquer s'est révélée impraticable de même que la mise en place d'un contrôle effectif auprès de chacun des points de vente* »⁴³⁴.

190. Divergences entre droit interne et droit européen. Il résulte de ce qui précède que la jurisprudence interne est nécessairement bien plus restrictive que les règles européennes. En effet, le règlement d'exemption ne prend en compte la légitimité et l'opportunité de la clause au regard du savoir-faire que dans l'hypothèse où elle franchit le seuil de 80 % et a une durée supérieure à cinq ans. Ce critère relativement restrictif n'est donc que facultatif en droit européen, alors qu'il est automatique et capital en droit interne. Se pose donc inévitablement la question d'une éventuelle harmonisation des deux corps de règles.

2. Vers une harmonisation avec le droit de la concurrence ?

191. Critères datant de 1988. Ce phénomène de réception prétorienne du droit européen laisse aujourd'hui planer quelques doutes sur la pérennité des solutions traditionnelles. La jurisprudence nationale, forgée au regard des textes européens passés, est-elle appelée à leur survivre ? Il semble paradoxalement falloir répondre par l'affirmative, les juridictions de droit commun appelées à connaître de la validité d'approvisionnements exclusifs persistant, y compris fort récemment, à appliquer les critères dégagés sous l'influence du règlement de 1988. Ainsi, une Cour d'appel estime-t-elle que « *la validité d'une telle clause ne peut être mise en cause dès lors qu'elle a pour but de maintenir l'unité et la cohésion de l'ensemble du réseau* »⁴³⁵. Bien évidemment, de telles formules ne sont pas à proprement parler inexactes, même au regard des nouvelles dispositions européennes⁴³⁶. L'illicéité de la clause ne peut découler que de la réunion des quatre critères cumulatifs posés à la foi par le règlement et les lignes directrices⁴³⁷. Dès lors, la seule constatation de ce que la clause protège l'unité du réseau suffit à caractériser sa licéité.

433 J.-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, 4e éd., Delmas, 2004, n° 571.

434 Cass. Com., 6 avril 1999, Daubresse c/ Phildar, n° 96-20.606, JurisData n° 1999-001597 : Inédit.

435 C.A. Toulouse, 13 janvier 2010, SARL Poitiers Pizza Distribution Popidis et autres c/ SA Socorest, n° 08/01751.

V. dans le même sens, C.A. Nîmes, 3 décembre 2009, SNC Boudon Gisclon c/ SA Maxi Livres, n° 08/05180 ou C.A. Riom, 20 juin 2007, Sté Item c/ Sté Babou, n° 06/01272 : Inédit.

436 Sur cette question, v. n° 178 et s.

437 V. supra, n° 180.

192. Le raisonnement inverse est en revanche beaucoup plus problématique. Affirmer qu'une clause qui ne serait pas nécessaire au maintien de l'unité du réseau serait automatiquement illicite est aujourd'hui contraire à la position des textes européens. Au regard de ces dispositions, une telle clause peut en effet être validée, si tant est qu'elle porte sur moins de 80 % des achats annuels ou encore que sa durée soit inférieure à cinq ans. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas hésité à approuver une Cour d'appel qui avait annulé un contrat contenant une clause d'approvisionnement exclusif au seul motif que celle-ci « *n'était pas nécessaire au maintien de l'identité commune ou à la réputation du réseau et que, compte tenu de la nature des produits, qu'elle décrit, il était possible d'appliquer des spécifications objectives de qualité* »⁴³⁸. Si cette décision venait à être confirmée – ce qui, à notre connaissance – n'a pas été le cas, il s'agirait là d'un processus singulier d'autonomisation et de différenciation du droit interne par rapport au droit européen, dont il est pourtant initialement issu.

* * * * *

193. Le régime des clauses d'approvisionnement exclusif a ainsi connu un important assouplissement en droit européen, la question de la nécessité de ces clauses étant devenue relativement subsidiaire. Il n'est toutefois pas certain que ces évolutions soient amenées à connaître une traduction immédiate en droit interne et qu'elles conduisent à modifier instantanément la pratique décisionnelle de nos juridictions. S'il existe donc potentiellement un décalage entre droit interne et droit européen s'agissant des clauses d'approvisionnement exclusif, on observe en revanche davantage de convergence en ce qui concerne les obligations de concurrence.

II. LES OBLIGATIONS DE NON-CONCURRENCE

194. **Non-concurrence pendant l'exécution du contrat.** Au titre des restrictions simples, le règlement d'exemption aborde la question des obligations de non-concurrence post-contractuelles⁴³⁹. En raison de l'importance des controverses qu'elles suscitent et dans un souci de cohérence avec le plan chronologique adopté pour présenter l'influence du droit de la concurrence sur les parties au contrat, la réglementation de telles obligations sera abordée dans le Titre II, consacré au maintien d'une concurrence loyale à l'issue des relations contractuelles⁴⁴⁰. Le règlement d'exemption n'est toutefois pas muet quant aux clauses de non-concurrence produisant leurs effets pendant le contrat et adopte d'ailleurs à leur égard une position plus que compréhensive et

438 Cass. Com., 2 juillet 2002, Sté Intercaves c/ Le Hen, n° 00-14.939 : Inédit, *RJDA*, 2002, n° 1206.

439 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 5§3.

440 V. infra, n° 222 et s.

favorable⁴⁴¹. En vérité, la licéité de telles stipulations n'est contestée par personne **(B)** ; c'est davantage leur éventuelle absence qui permet de nourrir diverses interrogations doctrinales et jurisprudentielles. On peut en effet se demander si, même en l'absence d'une clause de non-concurrence, le franchisé ne demeure pas tenu d'une obligation de non-concurrence pendant l'exécution de son contrat **(A)**.

A. L'obligation de non-concurrence d'origine légale

195. On définit traditionnellement l'obligation de non-concurrence de plein droit ou d'origine légale comme celle qui découle naturellement du contrat, sans qu'elle ait besoin d'être stipulée par les parties⁴⁴². Si l'existence d'une telle obligation de plein droit à la charge des parties au contrat de franchise est plus qu'incertaine **(1)**, sa reconnaissance semble pourtant s'imposer **(2)**.

1. L'existence incertaine d'une obligation de non-concurrence de plein droit pendant l'exécution du contrat

196. Il n'existe naturellement aucune disposition légale mettant explicitement à la charge des parties au contrat de franchise une obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat. La jurisprudence, à laquelle il revient traditionnellement le rôle de « découvrir » de telles obligations est en l'espèce particulièrement taiseuse **(a)**, tandis que la doctrine demeure extrêmement prudente et divisée **(b)**.

a. Une jurisprudence muette

197. Il n'existe, à notre connaissance, aucune décision qui se serait prononcée explicitement sur la question de l'existence ou de l'inexistence d'une obligation de non-concurrence de plein droit pendant l'exécution du contrat de franchise. Deux explications peuvent être tentées pour expliquer ce silence, de prime abord surprenant. Il est tout d'abord certain que l'immense majorité des franchiseurs prennent le soin d'insérer dans leurs contrats une clause de non-concurrence. De la sorte, le débat contentieux est orienté, non pas sur le terrain de l'obligation de plein droit, mais bien de l'obligation contractuelle. Ce n'est qu'en l'absence d'une telle stipulation, ou en cas de nullité de cette dernière, que pourrait ressurgir le débat sur l'existence d'une

441 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 5§2.

442 Des auteurs indiquent que « Si l'obligation de non-concurrence apparaît comme étant impérativement nécessaire à l'économie d'une convention parce que, en son absence, la concurrence exercée par l'un des contractants, pendant ou après le contrat, serait anormale, engendrant une rupture de l'égalité dans les moyens de la concurrence et pourrait ainsi ruiner l'équilibre contractuel, elle est alors imposée aux contractants comme étant fictivement contenue dans la réglementation légale du contrat » ; ajoutant que « l'obligation de non-concurrence est classiquement analysée comme une obligation contractuelle d'origine légale, résultant implicitement de la réglementation légale du contrat considéré ». Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 28.

éventuelle obligation de non-concurrence de plein droit. Les hypothèses sont donc, de fait, beaucoup plus restreintes.

198. Intérêt pratique relatif. Cette première constatation ne peut cependant suffire, à elle seule, à expliquer l'absence de contentieux sur la question de l'obligation de non-concurrence de plein droit pendant l'exécution du contrat. En effet, les remarques qui viennent d'être faites valent aussi bien sur le terrain contractuel que post-contractuel. Or, il existe, dans ce dernier domaine, et à l'inverse du premier, un corpus jurisprudentiel important⁴⁴³. C'est sans doute qu'il faut ajouter à cette première constatation juridique, un aspect plus économique et pragmatique. Il est probable en effet que peu de franchisés prennent l'initiative de franchir le pas et d'ouvrir un commerce concurrent pendant l'exécution du contrat. Une telle attitude reviendrait nécessairement à se mettre à l'écart de l'ensemble du réseau, c'est-à-dire du franchiseur lui-même, mais aussi des autres co-franchisés. Le franchisé franc-tireur prendrait ainsi immédiatement une grande partie du bénéfice qu'il peut tirer de son insertion dans un réseau de distribution. À l'inverse, on peut supposer que les avantages tirés de l'ouverture d'un point de vente sous une enseigne concurrente seraient relativement minces. Les investissements à réaliser en terme de capital financier et humain seraient sans doute plus importants que ceux nécessaires à consentir pour ouvrir un point de vente similaire auprès du réseau que le franchisé connaît déjà. On peut enfin s'interroger sur l'intérêt qu'aurait un réseau à accueillir en son sein celui qui continuerait d'être membre à part entière d'un réseau concurrent. Si ce dernier pourrait éventuellement espérer capter ainsi une partie du savoir-faire de la concurrence, sans doute craindra-t-il dans le même élan que le sien subisse, en sens inverse, le même sort. Ces quelques constatations doivent probablement conduire à relativiser l'incidence pratique de la question de l'obligation de non-concurrence de plein droit pendant l'exécution du contrat de franchise.

b. Une doctrine divisée et réservée

199. Cas par cas. Contrairement à la jurisprudence, la doctrine s'est intéressée dans les années 1990 à la question de l'obligation de non-concurrence de plein droit. Après avoir constaté le silence prétorien, la plupart des auteurs adoptent une position réservée et nuancée. Ainsi, le Doyen Yves Picod propose-t-il de procéder par distinctions successives⁴⁴⁴. Pour cet auteur, une obligation de non-concurrence de plein droit s'avèrera systématiquement justifiée en présence d'une exclusivité territoriale bénéficiant au franchisé, la situation étant alors très proche de celle rencontrée en matière de concession commerciale. En l'absence d'une telle clause, il faudra alors vérifier cas par cas que le savoir-faire transmis est de nature à justifier l'atteinte à la libre concurrence que constituerait la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit. Aussi, le Doyen Yves Picod formule-t-il une position nuancée qu'il résume en ces termes : « *il ne paraît pas possible d'apporter une réponse uniforme à cette question,*

⁴⁴³ V. infra, n° 278.

⁴⁴⁴ Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349

même si dans la grande majorité des cas, l'obligation de plein droit sera justifiée »⁴⁴⁵. La jurisprudence, sans consacrer explicitement cette théorie, semble parfois s'en inspirer, comme en témoigne une décision récente de la Cour d'appel de Paris⁴⁴⁶.

200. Le Professeur Marie Malaurie-Vignal, rappelle également que le problème est une question d'espèce⁴⁴⁷. Sans reprendre la distinction quant à l'existence d'une exclusivité territoriale, l'auteur estime que « *tous les savoir-faire ne méritent pas la même protection* »⁴⁴⁸ pour conclure que « *ce n'est que si le savoir-faire présente une spécificité que le franchisé est tenu, directement ou indirectement, de ne pas exploiter une activité concurrente de celle de son franchiseur* »⁴⁴⁹. De la même façon, le Professeur Didier Ferrier semble renvoyer la question de l'obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat à la liberté contractuelle des parties, estimant que « *le franchisé peut être ainsi tenu [...] de ne pas exercer une activité similaire dans un territoire où il concurrencerait le franchiseur ou un autre franchisé* »⁴⁵⁰. L'auteur rappelle que les lignes directrices voient là une mesure nécessaire à la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur⁴⁵¹. Dans la même veine, Yves Serra estimait qu'« *en considération de l'extrême variété des contrats de franchisage, il ne paraît pas possible ni opportun d'admettre le principe de l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge des cocontractants* »⁴⁵².

201. Positions favorables à une obligation de non-concurrence de plein droit. À l'inverse, le plus favorable à la découverte d'une telle obligation semble aujourd'hui être le Professeur Philippe Le Tourneau. Après avoir soutenu une position proche de celle défendue par le Doyen Yves Picod, il voit désormais dans l'obligation de non-concurrence de plein droit un prolongement naturel de l'« *animus cooperandi* » et de l'intérêt commun⁴⁵³ qui président nécessairement à l'exécution du contrat de franchise. L'auteur estime ainsi que « *le franchisé ne peut pas représenter une marque concurrente, sauf accord du franchiseur* »⁴⁵⁴, ajoutant qu'« *à défaut même d'une disposition expresse, une telle obligation [...] semble peser implicitement sur le franchisé de par la nature du contrat* »⁴⁵⁵. Cette position

445 Ibid.

446 La Cour énonce que si « *le Tribunal a exactement relevé qu'il n'était pas interdit [à la société franchisée], par l'effet du contrat de franchise, d'ouvrir une nouvelle agence immobilière dans le périmètre du secteur concerné, il n'en reste pas moins que compte tenu de l'exclusivité contractuellement stipulée dans ce même contrat relativement à l'implantation de [l'enseigne] sur ce territoire, la société [franchisée] n'était pas en droit de déployer une activité secondaire concurrente de la première, au détriment de l'agence [franchisée]* » (C.A. Paris, 6 juin 2008, n° 07/03323 : Inédit).

447 M. Malaurie-Vignal, « *Clause de non-concurrence - Validité* », Fascicule n° 110, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004, n° 24.

448 Ibid.

449 Ibid.

450 D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 702.

451 Ibid.

452 Y. Serra, « *Concurrence (Obligation de non-)* », in *Rép. com. Dalloz*, 2003, n° 77.

453 Sur ces notions, v. notamment P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 207 et s.

454 Ibid., n° 232.

455 Ibid.

semble également être celle adoptée par d'autres spécialistes de la franchise, à l'instar du Bâtonnier Jean-Marie Leloup⁴⁵⁶ ou de Maître François-Luc Simon⁴⁵⁷, quoique ces derniers raisonnent davantage en termes de secret du savoir-faire que de véritable obligation de non-concurrence. Garder le savoir-faire secret revient cependant, a fortiori, à ne pas l'utiliser au profit d'un concurrent. Il nous semble en effet que toute position contraire revient à vider de sa substance l'économie du contrat de franchise dans son ensemble.

2. La nécessité impérieuse d'une obligation de non-concurrence de plein droit pendant l'exécution du contrat

202. La reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit est en vérité nécessaire au bon équilibre du contrat de franchise, voire du marché **(b)**. D'un point de vue juridique, elle pourrait trouver un appui dans un raisonnement par analogie avec le contrat de concession **(a)**.

a. La reconnaissance explicite en matière de concession

203. Le contrat de concession et le contrat de franchise ont, à notre sens, pour point commun de fournir au concessionnaire comme au franchisé un potentiel de clientèle⁴⁵⁸. Par l'attrait de la marque pour le premier, par le savoir-faire transmis pour le second, ces distributeurs voient leur position concurrentielle largement améliorée grâce à la tête de réseau. C'est bien cet avantage procuré par le contrat que doit venir protéger une éventuelle obligation de non-concurrence de plein droit.

204. Collaboration étroite entre les parties. En matière de concession, l'existence d'une telle obligation est unanimement reconnue, tant par la jurisprudence⁴⁵⁹ que par la doctrine. Le Doyen Yves Picod écrit ainsi que « *l'imbrication des intérêts impose une loyauté réciproque et une très étroite collaboration entre les parties* »⁴⁶⁰ ajoutant que « *tout cela conduit à reconnaître l'existence d'une obligation réciproque de non-concurrence* »⁴⁶¹. Cette assertion nous semble pouvoir parfaitement être transposée au contrat de franchise. Certes, le franchisé ne bénéficie pas systématiquement d'une exclusivité territoriale. Toutefois, il ne semble pas que l'intensité des devoirs de loyauté et de collaboration soit réellement fonction de l'existence ou non d'une obligation d'exclusivité territoriale. Celle-ci a bien souvent d'autres contreparties comme, par exemple, l'exclusivité d'approvisionnement du distributeur. Au reste, il peut arriver que, au sein d'un même réseau de franchise, des distributeurs bénéficiant d'une exclusivité territoriale,

456 J.-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, 4e éd., Delmas, 2004, n° 1224.

457 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 308.

458 Que nous proposons de baptiser « achalandage ». Sur cette question, v. n° 239 et s. Sur la distinction entre contrat de franchise et contrat de concession, v. n° 16 et s.

459 Cass. Com., 20 juillet 1965 : Bull. civ., III, n° 466 ; C.A. Paris, 17 janvier 1989, *D.*, 1989, somm. p. 52, obs. D. Ferrier ; Cass. Com., 7 juin 1994, n° 92-19.048 : Inédit, *RJDA*, 1994, n° 1133.

460 Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349.

461 Ibid.

et d'autres n'en bénéficiant pas⁴⁶². Il serait quelque peu artificiel de considérer que les premiers soient tenus d'une obligation de non-concurrence, tandis que les seconds ne le seraient pas alors qu'ils appartiennent tous au même réseau et bénéficient d'un savoir-faire identique.

205. L'argument par analogie aurait cependant pu se retourner contre les promoteurs de l'obligation de non-concurrence de plein droit. Le multimarquisme était en effet à l'honneur, y compris parmi les concessionnaires, dans le domaine particulier de la distribution automobile. Le règlement 1400/2002 consacrait en effet la possibilité pour un concessionnaire automobile de distribuer plusieurs marques. Seuls des espaces distincts de vente peuvent être imposés par la tête de réseau. L'obligation de non-concurrence de plein droit est donc largement remise en cause, y compris en matière de concession, dans le domaine spécifique de la concession automobile. Le règlement d'exemption de 2002 a toutefois fait long feu et la distribution automobile a rejoint le droit commun à compter du 1^{er} juin 2013⁴⁶³.

b. L'impossible mépris de l'équilibre du contrat et du marché

206. Au-delà de l'argument par analogie, lequel ne nous paraît pas déterminant et peut prêter le flanc à la critique, il semble indispensable de reconnaître l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge du franchisé afin de maintenir l'équilibre du contrat de franchise au cours de son exécution. Deux séries d'arguments sont susceptibles de soutenir cette position.

207. **Obligation de fidélité.** Les premiers sont les plus classiquement avancés et touchent les rapports micro-économiques entre les parties. L'obligation de non-concurrence découle des obligations de loyauté et de coopération qui régissent l'exécution du contrat de franchise. Ce dernier est une forme de mariage entre deux entreprises, lequel ne peut se satisfaire de l'infidélité. La loyauté interdit au franchiseur de concurrencer son propre réseau par la création d'un réseau parallèle concurrent⁴⁶⁴. Cette forme d'obligation de non-concurrence qui pèse sur le franchiseur doit avoir pour corollaire l'obligation du franchisé de demeurer fidèle à son enseigne, au moins aussi longtemps que dure le contrat de franchise. Au reste, si le savoir-faire délivré par le franchiseur pouvait s'accommoder de la présence d'un membre d'un réseau concurrent au sein de la franchise, c'est probablement que ce savoir-faire n'aurait rien de substantiel.

208. **Préserver la concurrence entre réseaux.** De façon plus abstraite, il est possible d'avancer un second type d'argument pour justifier la découverte d'une telle obligation. La franchise est en effet souvent présentée comme un accord de distribution dont

462 Notamment parce que les premiers ont fait le choix de s'installer dans une zone de chalandise plus difficile à conquérir.

463 V. J. Vogel, « Les clauses de non-concurrence pendant la vie du contrat », *Jurisprudence automobile*, 2012, no 839, p. 15.

464 Certains franchiseurs peu scrupuleux ayant tenté ce type d'aventure se sont vus, fort logiquement, lourdement sanctionnés par la jurisprudence (C.A. Grenoble, 6 octobre 2011, Reliance : Inédit).

les effets anticoncurrentiels sont compensés par un renforcement de la concurrence intermarques et interréseau. Or, accepter que les réseaux puissent s'interpénétrer par la présence croisée de franchisés appartenant à plusieurs d'entre eux reviendrait à prendre le contre-pied de cette affirmation. Comment imaginer que deux réseaux se feront réellement concurrence si l'on retrouve simultanément les mêmes acteurs au sein de ces deux entités ? Dès lors, la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit semble aussi importante pour assurer l'équilibre du contrat de franchise que pour assurer celui du marché tout entier. Naturellement, en l'état de ces incertitudes persistantes, la prudence commande de recourir à une stipulation conventionnelle explicite, d'autant que celles-ci jouissent d'un traitement plus que favorable.

B. L'obligation de non-concurrence d'origine conventionnelle

209. Clause accueillie très favorablement. Les lignes directrices européennes rappellent la possibilité d'une clause de non-concurrence pendant l'exécution du contrat « lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé »⁴⁶⁵, à condition de ne pas excéder la durée de l'accord de franchise lui-même. En droit interne, les juridictions de droit commun vérifient la validité de telles clauses au regard des critères classiques appliqués traditionnellement aux clauses de non-concurrence post-contractuelles, et s'attachent principalement à caractériser l'existence et la substantialité du savoir-faire à protéger⁴⁶⁶. Dans l'immense majorité des cas, les juges constatent que ces deux critères sont remplis et valident les clauses de non-concurrence produisant leurs effets pendant la durée du contrat. À dire vrai, l'étude des décisions rendues en la matière témoigne assez largement de ce que les magistrats font preuve d'une relative souplesse dans l'examen des conditions classiques de validité des clauses de non-concurrence⁴⁶⁷, comme si la clause produisant ses effets pendant la durée du contrat était présumée valide.

210. La remarque développée à propos de l'obligation de non-concurrence de plein droit nous semble pouvoir être reprise à propos d'une éventuelle obligation conventionnelle : que le savoir-faire puisse s'accommoder de sa divulgation à un réseau concurrent pendant l'exécution du contrat revient à nier l'existence de ce dernier. Par conséquent, il serait possible avec un brin de provocation d'affirmer qu'un contrat de franchise dans lequel l'obligation de non-concurrence pesant sur le franchisé pendant son exécution apparaîtrait disproportionnée ou illégitime serait un contrat nul pour absence de cause. Cette assertion nous paraît renforcée par le fait qu'en cascade,

⁴⁶⁵ Communication relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130, 19 mai 2010, p. 1, n° 190.

⁴⁶⁶ V. par exemple C.A. Rennes, 23 octobre 2007, Sté Les conquérants c/ Sté Prodim, n° 06/06364 : Inédit ou C.A. Paris, 17 septembre 2009, SARL La Gadgetomanie c/ SA Soho, n° 05/20661 : Inédit.

⁴⁶⁷ V. par exemple Cass. Com., 16 janvier 2007, Sté JP Luce c/ Havas Voyages, n° 04-10.823 : Inédit, *LPA*, 2007, n° 229, p. 27, note Simon ou Cass. Com., 9 décembre 1986, Sté Issasa c/ Sté Gérome Coiffure, *D.*, 1988, somm., p. 22, obs. Ferrier.

l'absence de protection du savoir-faire vis-à-vis de l'un des franchisés serait susceptible de constituer une faute à l'égard des autres membres du réseau⁴⁶⁸.

* * * * *
* * *
*

211. On retiendra ainsi que, si l'obligation de non-concurrence produisant ses effets pendant la durée du contrat de franchise jouit d'un régime favorable tant en droit européen qu'en droit interne, il peut apparaître regrettable que sa systématique ne soit pas pleinement reconnue par la jurisprudence interne. La reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit constituerait un pas certain vers une plus grande reconnaissance de la nécessaire unité et uniformité des réseaux.



212. Aussi, alors que cette section était consacrée aux limitations de concurrence dans les relations entre les parties, supposées jouir d'un traitement relativement favorable en droit de la concurrence, la vigilance voire la défiance restent de mise. Les restrictions relatives aux ventes sont strictement encadrées par le droit des ententes tandis que l'obligation de non-concurrence contractuelle n'est pas reconnue de plein droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

213. **L'équilibre du contrat de franchise, autre leitmotiv du droit de la concurrence.** En conclusion du chapitre précédent, nous écrivions qu'il était possible de considérer la préservation de la liberté d'exploitation et de l'indépendance du franchisé comme un véritable leitmotiv du droit de la concurrence. Sans doute en est-il de même de l'équilibre du contrat, les deux notions étant, en tout état de cause, intimement liées. C'est ainsi principalement – quoique non exclusivement – le droit des ententes qui œuvre à cette tâche et répertorie les principales clauses attentatoires à l'équilibre des relations entre franchiseur et franchisés. Efficace, cette intervention l'est assurément au risque, à notre sens d'être parfois excessive.

214. **Prise en compte des impératifs du réseau.** Au rang des combats menés avec efficacité et, nous semble-t-il, pertinence par le droit de la concurrence, il est permis

468 V. infra, n° 639.

de citer l'encadrement des clauses d'approvisionnement exclusif. Le droit européen reconnaît ainsi de façon assez large leur licéité et fait de la préservation du savoir-faire un critère essentiel dans l'appréciation de celle-ci. En somme, le traitement des clauses d'approvisionnement exclusif a connu un véritable assouplissement en droit européen au fil des règlements d'exemption. En revanche, des incertitudes demeurent sur leur portée en droit interne dans la mesure où les critères d'appréciation de ces clauses en droit commun semblent encore alignés sur ceux fixés par le règlement d'exemption de 1988. Gageons toutefois que le mouvement de clémence initié par le législateur européen ne tardera pas à gagner les juridictions internes de droit commun. Dans le sens d'une meilleure prise en considération des impératifs du réseau par le droit de la concurrence, il nous semble par ailleurs que la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein à la charge du franchisé est nécessaire. En effet, l'absence d'une telle obligation est d'évidence nuisible au réseau, mais encore à la concurrence en elle-même dans la mesure où l'interpénétration des réseaux ne nous semble pas favorable à attiser la concurrence entre eux. Il est vrai cependant que la stipulation d'une obligation contractuelle de non-concurrence pendant la durée du contrat jouit d'un traitement très favorable, traduisant là encore la prise en compte des spécificités du réseau par le droit de la concurrence.

215. Intervention excessive du droit de la concurrence. Tel n'est cependant pas toujours le cas, et il nous semble possible de regretter ce qui pourrait s'apparenter à un excès de zèle. Tentant de minimiser l'impact négatif des réseaux de franchise sur la concurrence, le droit des ententes contrôle étroitement les pratiques relatives à la fixation des prix et aux restrictions de vente. Ce contrôle nous semble excessif. S'agissant de la prohibition des prix imposés, affirmée par de nombreuses règles internes et européennes, lourdement et diversement sanctionnée, les effets néfastes de l'interdiction nous semblent dépasser ses effets bénéfiques. Un timide mouvement d'assouplissement semble se faire jour en droit européen, mais d'autres législations, à l'instar des États-Unis, on d'ores et déjà adopté un changement plus radical abandonnant cette incrimination. Il nous paraît opportun d'œuvrer en ce sens, tant la prohibition des prix imposés nous paraît peu à même de renforcer la concurrence au sein d'un réseau tout en ayant un effet néfaste sur la concurrence interréseaux. Dans le même ordre d'idée, la libéralisation du recours à la vente en ligne – désormais ouvert à chaque franchisé – et le haro sur les restrictions à la vente participent indéniablement à l'effervescence interne du réseau, mais reviennent dans certains cas à méconnaître les exigences propres à la préservation du savoir-faire.

Conclusion du Titre I

216. Rôle incontournable du droit de la concurrence dans la régulation des relations contractuelles. Le premier temps de notre étude s'était donné pour propos de répondre à l'interrogation suivante : quelle est l'influence du droit de la concurrence sur les relations des parties au contrat de franchise au cours de l'exécution de ce dernier ? De prime abord, la réponse à cette interrogation ne renferme pas de surprise majeure. Soucieux de la préservation de la liberté du commerce, plus spécifiquement de la liberté d'exercice du franchisé, mais encore du maintien d'une concurrence effective à l'intérieur du réseau, le droit de la concurrence se voit assigner pour objectifs principaux la préservation de l'indépendance du franchisé et de l'équilibre du contrat. L'intervention du droit de la concurrence sur le contenu du contrat est donc particulièrement patente, si bien que celui-ci fait pour ainsi dire office de « droit spécial des obligations ».

217. Confiance rime avec surveillance. Plus fondamentalement, au travers l'étude de l'ensemble de ces mécanismes, il est possible d'avancer que la perception du réseau de franchise par le droit de la concurrence demeure assez largement – et peut-être excessivement dans certains cas – négative. Certes, le droit des concentrations et le droit des ententes peuvent, de prime abord, manifester une certaine confiance au regard de ce mode de distribution. Le droit des concentrations établit en effet de façon relativement bienveillante que la conclusion d'un contrat de franchise ne confère pas, per se, au franchiseur une influence déterminante sur son franchisé. Le droit des ententes, pour sa part, a, très tôt, réservé un traitement favorable à la franchise au travers du règlement d'exemption de 1988. Cette partie de notre étude avait été ouverte sur les mots de « prudence », « vigilance », « méfiance », voire « défiance » pour caractériser l'attitude du droit de la concurrence au regard du contrat de franchise. Ce constat de départ s'il s'est avéré exact est peut-être à nuancer. Sans doute est-il plus exact d'affirmer qu'au-delà de l'apparent traitement favorable du contrat de franchise en droit de la concurrence, celui-ci est subordonné à un encadrement important et contraignant.

218. Deux propositions. Au final, lorsque l'impact du réseau est appréhendé au regard des relations entre les parties au contrat de franchise, c'est souvent d'un point de vue sinon négatif, tout au moins circonspect. Si notre étude a permis de montrer que

cette vigilance du droit de la concurrence est largement justifiée, dans la plupart de ses développements, au regard des impératifs de la libre concurrence et de la préservation de la liberté du commerce, peut-être mériterait-elle d'être tempérée à certains égards. Aussi, formulons-nous deux propositions qui nous semblent de nature à permettre un meilleur équilibre entre la préservation de la libre concurrence et la sauvegarde de la liberté contractuelle :

- la prohibition absolue des prix imposés, en matière de franchise, mérite sans doute d'être réévaluée et assouplie. Si elle nuit d'évidence à l'harmonisation du réseau et dans une moindre mesure à la concurrence interréseau, ses effets bénéfiques sur la concurrence intramarques et sur la concurrence par les prix nous semblent largement surévalués.
- de même, en matière de distribution par internet, le libéralisme prôné par le dernier règlement européen a-t-il sans doute certaines limites. Il paraît en effet difficile d'affirmer un droit quasi absolu à la distribution en ligne au profit des franchisés, quitte à méconnaître le savoir-faire et les spécificités propres à la franchise. Là encore, et en dépit du peu de recul sur les effets de cette réglementation, on peut douter que les effets bénéfiques sur la concurrence soient patents.



TITRE II

LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE LOYALE À L'ISSUE DES RELATIONS CONTRACTUELLES

219. Souligner que la fin des relations contractuelles entre franchisé et franchiseur est concomitante du début des relations post-contractuelles relève de la tautologie. En effet, envisager les relations entre les parties à l'issue du contrat, revient déjà à envisager les relations entre les tiers que s'apprêtent à constituer, l'un pour l'autre, les anciens partenaires. Ce constat, pour aussi trivial qu'il soit, permet cependant de mettre en lumière la tension inhérente à cette situation et l'ensemble des dangers qu'elle véhicule pour chacun des cocontractants. À dire vrai, l'analyse en terme de relations contractuelles (franchiseur d'un côté, franchisé de l'autre) n'est déjà plus totalement efficiente. Certes, l'aménagement des relations post-contractuelles est nécessairement le fait des parties et c'est le plus souvent au franchiseur qu'en reviendra l'initiative. Toutefois, d'un point de vue économique, ce ne sont déjà plus les intérêts du franchiseur qui sont susceptibles de s'opposer à ceux du franchisé. Ces derniers s'opposeront désormais, certes à ceux du franchiseur, mais bien plus largement à ceux du réseau dans son ensemble.

220. Tandis que le droit de la concurrence s'assigne pour principal objectif, dans le cadre des relations contractuelles, de minimiser l'impact du réseau sur la conduite de l'entreprise du franchisé, la démarche est ici totalement opposée. C'est davantage l'impact du franchisé – et celui de son départ – sur le réseau dont il convient de réduire les effets. Est-ce à dire qu'il est possible d'analyser les rapports concurrentiels post-contractuels entre les parties au contrat en simple terme de domination et de rapport de force ? Nous ne le pensons pas. Il ne s'agit pas, comme c'est souvent le cas dans le cadre de l'exécution du contrat, de procéder au rééquilibrage juridique d'une situation

économique déséquilibrée. Dans le cadre des relations contractuelles, il est légitime de craindre que la position de force du franchiseur et plus largement du réseau n'aboutisse à annihiler toute forme de concurrence. Le risque est ici en tout point inverse : les anciens partenaires disposent l'un envers l'autre de capacités de nuisance hors du commun qui peuvent faire redouter certains excès dans l'exercice de la concurrence.

221. Cette dangerosité particulière des anciens partenaires, devenus concurrents, peut être régulée par deux procédés juridiques. Le premier, dépendant des parties, consiste à aménager contractuellement le déroulement de la période post-contractuelle. Une protection minimale, permettant de pallier les excès de concurrence les plus patents est organisée par les dispositions légales et principalement par le droit de la concurrence déloyale. De la pertinence de cette protection légale dépend largement la légitimité des stipulations contractuelles destinées à aménager la concurrence post-contractuelle. En effet, c'est bien dans l'articulation entre ces deux dispositifs, conventionnel (**Chapitre 1**) et légal (**Chapitre 2**), que nous paraît résider le principal intérêt de cette étude.

Chapitre 1

Le contrôle des stipulations contractuelles relatives à l'après-contrat

222. La rupture des relations contractuelles signe nécessairement la fin du devoir de collaboration qui présidait à l'exécution du contrat de franchise⁴⁶⁹. Le franchisé, retrouvant son indépendance, tant vis-à-vis du franchiseur que de l'ensemble du réseau, est promis à en devenir le concurrent. Bien évidemment, cette concurrence ne peut être appréhendée comme une concurrence classique, entre deux opérateurs économiques parfaitement distincts. Au contraire, l'ancien franchisé présentera, à l'égard du réseau, une dangerosité d'autant plus grande qu'intense et durable aura été la collaboration des parties durant l'exécution du contrat. En toute rigueur néanmoins, il est impossible d'affirmer que franchiseur et franchisé sont placés dans une situation de concurrence : l'activité du franchiseur consiste à promouvoir son réseau, lorsque le franchisé est en prise directe avec la clientèle de consommateurs⁴⁷⁰. C'est donc au travers du réseau que la concurrence de l'ancien franchisé doit être observée : dangereuse pour le réseau, elle l'est pour le franchiseur dont le réseau est un élément patrimonial important. Le droit de la concurrence, dont la fonction est certes de préserver la concurrence, mais encore de s'assurer que celle-ci demeure loyale⁴⁷¹, aura donc la délicate tâche de préserver le subtil équilibre entre liberté du franchisé et protection du réseau⁴⁷².

469 Sur cette notion, v. n° 271 et s.

470 Sur la distinction des clientèles du franchisé et du franchiseur, v. infra n° 232 et s.

471 En ce sens, v. notamment Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 10 et s.

472 Sur cette question, v. M. Gomy, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Presses universitaires de Perpignan, 1999

223. Clauses de non-concurrence et clauses de non-réaffiliation. Le droit de la concurrence déloyale est le vecteur naturel de cet équilibre. Toutefois, la protection du réseau passe inévitablement, en l'absence de toute obligation de non-concurrence de plein droit⁴⁷³, par la stipulation au profit du franchiseur de clauses de non-concurrence. Ces clauses ont pu être définies comme celles imposant « à une personne – le débiteur de non-concurrence – de s'abstenir de faire concurrence, dans le cadre d'une activité professionnelle, à une autre personne – le créancier de non-concurrence –, et cela, par exception au principe de la liberté de la concurrence »⁴⁷⁴. La pratique, principalement en matière de franchise, a toutefois créé des clauses voisines qui, si elles ne répondent pas à cette définition, ont des effets très proches de l'obligation de non-concurrence. C'est ainsi que, là où la clause de non-concurrence « impose de ne pas pratiquer une activité identique »⁴⁷⁵, l'obligation de non-réaffiliation « impose au franchisé, après la rupture des relations contractuelles, de ne pas s'affilier à un réseau concurrent »⁴⁷⁶. Si, dans les deux cas, le franchisé est tenu d'une obligation de ne pas faire, son objet est donc différent : ne pas exercer une activité similaire à celle précédemment exercée dans le cadre de la franchise ou ne pas exercer une telle activité par affiliation à un réseau concurrent. On le comprend ainsi aisément, la clause de non-réaffiliation est donc moins sévère à l'égard du franchisé, qui conserve ainsi la possibilité de continuer à exercer son activité, notamment à titre indépendant et individuel.

224. Contrôle strict de la qualification. Les deux notions sont donc bien délimitées, et la Cour de cassation veille à l'exacte qualification de ces clauses par les juridictions du fond. Ainsi, par un arrêt du 28 septembre 2010, la Haute juridiction a-t-elle eu l'occasion de rappeler clairement dans un attendu en forme de chapeau que « la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau »⁴⁷⁷. La Cour d'appel de Caen qui avait imprudemment qualifié une clause de non-réaffiliation de clause de non-concurrence se voit alors censurée au motif de dénaturation. Cette distinction n'est naturellement pas nouvelle en jurisprudence, et d'autres arrêts des juges du fond avaient déjà pu affirmer la singularité de la clause de non-réaffiliation⁴⁷⁸. Un courant doctrinal est également favorable à un tel distinguo⁴⁷⁹.

473 V. supra, n° 196 et s.

474 Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 1.

475 Ibid., n° 22.

476 Ibid.

477 Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence (De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise) », *D.*, 1987, chron., p. 113 et s.

478 J. Raynaud, « Propriété commerciale et statut des baux commerciaux : la franchise sort du coma », *AJDI*, 2001, p. 581 ; T. Revet, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1996, no 1, p. 195 et s.

479 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé », Fascicule n° 1050, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 178 ; H. Bensoussan, « La clientèle « au » franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.*, 2001, p. 2498.

225. Identité de régime. Il faut toutefois bien remarquer qu'à l'idéalisme et à la pureté des classifications et des notions, succède une approche pragmatique et réaliste dans l'application du régime juridique des deux clauses⁴⁸⁰. Symptomatique en est un arrêt du 18 décembre 2012, rendu dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 28 septembre 2010 par lequel la Cour de cassation avait clairement affirmé l'indépendance des deux notions. La Cour d'appel de renvoi avait cette fois pris soin de qualifier correctement la clause. La clause de non-réaffiliation dûment identifiée se voyait toutefois appliquer en tout point le régime de la clause de non-concurrence : la Cour de cassation n'y voit rien à redire et approuve le raisonnement des juges du fond. Ainsi que l'a relevé un auteur, l'arrêt du 28 septembre 2010 était donc essentiellement une « *question de mots* », ⁴⁸¹ car, sur le fond, le raisonnement des deux cours d'appel est strictement identique. La première ayant baptisé la clause de clause de non-concurrence est censurée, la cour d'appel de renvoi ayant correctement employé le vocable de clause de non-réaffiliation voit sa décision approuvée. « *La pureté des qualifications est peut-être à ce prix* », soupire le Professeur Nicolas Dissaux. En bref, malgré la distinction des notions, le régime juridique des clauses de non-concurrence et des clauses de non-réaffiliation est en tout point le même.

226. Une telle solution doit, à notre sens, être approuvée, et plus encore dans le domaine spécifique du contrat de franchise. Il convient tout d'abord de remarquer que, dans bien des secteurs, l'interdiction de réaffiliation produit – d'un point de vue économique – les mêmes effets qu'une interdiction pure et simple de concurrence. Ainsi que l'a remarqué la Cour d'appel de Rouen en matière de distribution alimentaire, l'interdiction « *de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes [...] [met] les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce* »⁴⁸². Preuve de l'importance du contrat de franchise, certaines activités ne peuvent, aujourd'hui, être exercées de façon rentable hors l'intégration à un réseau. Cette affirmation ne peut cependant être généralisée : dans certains secteurs, l'interdiction de réaffiliation s'avérera relativement clémente pour le franchisé qui pourra parfaitement poursuivre son exploitation à titre individuel⁴⁸³. Remarquer la moindre sévérité de la clause de non-réaffiliation doit-il conduire à modifier les critères d'appréciation de sa validité ? Certains semblent le penser⁴⁸⁴. Telle n'est pas notre opinion. Bien au contraire, c'est dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de la clause de non-réaffiliation que ce moindre impact pourra être pris en compte.

480 En ce sens, v. N. Dissaux, « Réalisme et idéalisme dans l'appréciation de la validité d'une clause de non-réaffiliation », *JCP E*, 2013, 1037.

481 Ibid.

482 G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges Gény*, 1934

483 On pense notamment au secteur de la restauration, où les grandes chaînes de franchise cotoient cependant nombre de commerçants exerçant à titre individuel.

484 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé », Fascicule n° 1050, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 178.

Ainsi, appliquant le même régime et les mêmes critères, les juges du fond pourront parfaitement estimer qu'une clause de non-réaffiliation est valable là où une clause de non-concurrence ne l'aurait peut-être pas été. Il semble en revanche capital de s'assurer que cette clause procède bien de la défense d'un intérêt légitime, qu'elle est limitée spatiotemporellement, et que l'atteinte portée à la liberté du franchisé est strictement proportionnelle aux intérêts protégés par le franchiseur. Au-delà de leur objet même, tant la clause de non-concurrence que la clause de non-réaffiliation demeurent une « *exception au principe de la liberté de la concurrence* »⁴⁸⁵.

227. Pour cette raison, nous avons choisi de regrouper ces deux types de clauses sous le vocable de « clauses restrictives de concurrence ». Il s'agit de regrouper sous cette appellation toutes les stipulations restreignant significativement la possibilité du franchisé de faire concurrence au franchiseur à l'issue du contrat, que ce soit par une limitation de l'activité elle-même, ou de ses modalités. Probablement convient-il d'insister sur l'adverbe « significativement », sans quoi une telle définition serait bien trop large et engloberait des clauses qui n'ont rien de commun aux clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence. On pense notamment aux clauses de non-réutilisation du savoir-faire et plus largement aux clauses de confidentialité⁴⁸⁶. Bien qu'elles limitent la marge de manœuvre de l'ancien franchisé dans l'exercice d'une activité concurrente, ces clauses n'influent pas directement sur le pouvoir concurrentiel de l'ancien franchisé et sur ses possibilités de poursuivre son exploitation. À l'inverse, d'autres mécanismes peuvent avoir un effet anticoncurrentiel, à l'instar des clauses d'enseigne ou de la franchise participative, et limiter significativement les possibilités du franchiseur d'exercer son activité à l'issue du contrat. Ces clauses et mécanismes, qui ont déjà fait l'objet d'une étude⁴⁸⁷, doivent être distingués des clauses restrictives de concurrence ainsi que nous les avons définies dans la mesure où leur objectif premier n'est pas de limiter les possibilités du franchisé de faire concurrence à l'issue du contrat, mais purement et simplement d'empêcher la rupture de celui-ci⁴⁸⁸.

228. Ainsi définie positivement et négativement, l'étude des clauses restrictives de concurrence relatives à l'après-contrat soulève deux séries de problématiques répondant aux deux questions fondamentales : pourquoi et comment ? Pourquoi insérer une telle clause dans un contrat de franchise est une première interrogation tout aussi

485 Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 1.

486 Sur ces clauses, v. E. Gastinel, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles : obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, P.U.A.M., 1997 ; L. Idot, « Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence : à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel », in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996 ; Moreau, « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *Dr. et patr.*, 1999, no 69, p. 56 et s.

487 V. supra, n° 89 et s.

488 Pour cette raison, nous avons choisi de les étudier dans le Titre de cette étude consacré à la préservation de l'indépendance du franchisé (v. n° 89 et s.).

légitime que fondamentale. Y répondre implique de se tourner vers le droit commun et d'observer la situation du franchiseur qui ne serait pas créancier d'une telle obligation. De l'étendue de sa protection en pareille situation dépend largement la légitimité de la stipulation de clauses restrictives (**Section I**). Ayant ainsi procédé à l'étude des justifications juridico-économiques des clauses restrictives de concurrence, il sera possible de s'intéresser à leur régime juridique, dont il a précédemment été remarqué qu'il présentait un caractère unitaire appuyé (**Section II**).

SECTION I. LES JUSTIFICATIONS DES CLAUSES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

229. S'interroger sur les justifications des clauses restrictives de concurrence revient à tenter de répondre à un double questionnement : quelles sont les valeurs protégées par ces clauses et pourquoi ces valeurs méritent-elles d'être ainsi protégées ? Poser le problème de la sorte revient à dire qu'il n'existe pas un, mais deux justifications à l'existence des clauses restrictives de concurrence. La première, positive, naît de l'existence d'une valeur, d'un intérêt⁴⁸⁹, à protéger (**I**). La seconde, négative, ressort de l'inadaptation des mécanismes de droit commun à la protection de cet intérêt (**II**).

I. LA JUSTIFICATION POSITIVE : LA NÉCESSAIRE PROTECTION DU RÉSEAU

230. La question est donc simple, voire simpliste : que protège la clause de non-concurrence postcontractuelle insérée dans un contrat de franchise ? La réponse est en revanche complexe, et cache mal une certaine inadaptation du dispositif des clauses restrictives de concurrence aux singularités du contrat de franchise. Traditionnellement, la clause de non-concurrence est perçue comme un mécanisme contractuel principalement destiné à assurer la protection de la clientèle du créancier de non-concurrence⁴⁹⁰. Or, cette analyse semble être totalement inopérante en matière de contrat de franchise (**A**). C'est donc ailleurs qu'il faut chercher l'objet de la protection assurée par la clause de non-concurrence (**B**).

489 Légitime, ajouterait-on si l'on s'intéressait déjà à la question de la validité de ces clauses, ce qui n'est pas l'objet de la présente section et sera abordée dans un second temps.

490 Cette conception semble toutefois erronée, comme le démontre Yvan Auguet. En effet, « *une limitation de concurrence ne peut être licite en cela même qu'elle a pour objet la protection de la clientèle. La protection de la clientèle ne peut être perçue comme l'objet d'une limitation de concurrence mais seulement comme un effet* » (Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000, n° 6).

A. L'inconcevable protection de la clientèle

231. L'un, sinon des fondements tout au moins des effets majeurs des clauses restrictives de concurrence, n'est autre que de protéger la clientèle du créancier de non-concurrence. Cette constatation ne peut cependant être transposée au contrat de franchise qu'après une analyse relativement approfondie de la répartition de la clientèle entre les deux cocontractants. Il semble en effet qu'il existe, au sein du réseau, non pas une, mais deux clientèles réparties entre franchiseur et franchisé (1). Aussi, chacun ne peut aspirer qu'à la protection de la clientèle qui lui est propre, sans pouvoir revendiquer de droits sur celle de son partenaire (2).

1. La dualité des clientèles au sein de la franchise

232. Après de longues hésitations, le droit positif reconnaît sans détour une clientèle au franchisé. Cette dernière est, fort logiquement, constituée des clients fréquentant son magasin (a). La question de savoir de quoi, ou plus exactement de qui, est réellement constituée la clientèle du franchiseur ne semble en revanche, pour l'heure, pas avoir reçu de réponse définitive de la part de la jurisprudence. Cependant, une part de plus en plus grande de la doctrine tend à considérer que cette clientèle ne peut être constituée que des franchisés eux-mêmes (b).

a. Les consommateurs finals, clientèle du franchisé

233. **Débat historique quant au bénéfice du statut des baux commerciaux.** La question de savoir si la clientèle fréquentant le magasin franchisé est celle du franchiseur ou du franchisé a, pendant longtemps, agité doctrine et jurisprudence. C'est Philippe de Belot qui, le premier⁴⁹¹, ouvrit la boîte de Pandore de la titularité de la clientèle dans le contrat de franchise, s'interrogeant sur la possibilité pour ce dernier de bénéficier du statut des baux commerciaux⁴⁹². Les juridictions du fond, essentiellement parisiennes, ne tardèrent pas à se diviser. Le tribunal de grande instance de Paris semblait initialement peu réceptif à l'argumentation de Monsieur de Belot, relevant par trois fois qu'un franchisé possède tous les attributs d'un commerçant ordinaire⁴⁹³.

491 Jurisprudence et doctrine sont relativement taiseuses sur la question avant la publication du brulôt de Monsieur de Belot. Il convient toutefois de noter que Jean Derrupé exprimait dès 1988 l'opinion dont il ne se départira jamais – et qui finira par triompher – affirmant sans détour que « *la clientèle réunie par l'activité du franchisé, que ce soit ou non avec les services du franchiseur, appartient au franchisé* » (J. Derrupé, « Organisation générale du commerce », *RTD com.*, 1988, p. 609 et s., n° 3).

492 P. de Belot, « Un franchisé a-t-il le droit à la propriété commerciale ? », *Administrer*, 1991, no 3, p. 2 et s., puis par la suite

493 La première, qui date de 1992, reprend d'abord les termes de l'article de Philippe de Belot quant à la nécessité d'une appréciation in concreto, avant de s'en détacher et de mettre l'accent sur « *le caractère spécifique du contrat de franchise qui instaure une collaboration entre le franchisé et le franchiseur* » (T.G.I Paris, 24 novembre 1992, Lagache c/ Sté Production M.J., *Gaz. Pal.*, 1994, jur., p. 207 et s., note Belot). Pour un récapitulatif, sinon exhaustif, au moins des plus complets, des innombrables commentaires sur cette décision, v. Y. Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 2525, p. 3.

Le tribunal de grande instance d'Évry prenait en revanche une position opposée : relevant que l'autonomie du distributeur est à peu près réduite à néant et que la marque de la tête de réseau est particulièrement attrayante, les magistrats évryens refusaient au locataire le bénéfice de la propriété commerciale⁴⁹⁴. Le tribunal de commerce de Paris se voulait plus nuancé et pragmatique en distinguant deux clientèles : l'une, nationale, qui appartiendrait au franchiseur ; l'autre, locale, au niveau des utilisateurs et bénéficiaires des services en cause, qui serait celle du franchisé⁴⁹⁵.

234. Cette dernière décision était soumise à la Cour d'appel de Paris, qui rendit une décision des plus surprenantes le 6 février 1996. L'arrêt estime en effet que : « *pour qu'un locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il faut qu'il apporte la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant, ou bien, qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque* »⁴⁹⁶. Quelques mois plus tôt, saisie d'un appel sur le jugement du tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire dite du Bistro de la Gare, la Cour d'appel de Paris avait déjà introduit une telle distinction en considérant qu'il convenait de déterminer – en ayant recours à une expertise – « *la proportion de la clientèle fréquentant l'établissement uniquement pour la marque et l enseigne* » et celle « *attirée et retenue par l'emplacement et le savoir-faire de l'exploitant* »⁴⁹⁷.

La seconde, en date du 26 septembre 1995, est empreinte de la même veine : le tribunal de grande instance de Paris y note que « *le franchisé disposant d'un droit d'usage sur telle marque ou enseigne regroupe bien dans son patrimoine les éléments nécessaires à l'attraction d'une clientèle* » (T.G.I. Paris, 26 septembre 1995 : Inédit, cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.).

Enfin, la troisième affaire n'est autre que la première décision sur la célèbre affaire du « Bistro de la Gare » des Champs Élysées. Le tribunal de grande instance de Paris réaffirme sa position traditionnelle : « *l'affirmation pure et simple selon laquelle la marque Bistro de la Gare est seule de nature à conférer une clientèle à la société demanderesse ne peut être valablement retenue* » (T.G.I. Paris, 7 juillet 1994 : Inédit, cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.).

494 T.G.I. Evry, 9 décembre 1993, Dame Agopyan c/ Sté Paris Sud Location, *Gaz. Pal.*, 1994, jur., p. 207 et s., note Belot. Comme pour la décision du 24 novembre 1992, on doit à Yves Marot une remarquable synthèse des commentaires suscités par cette décision (Y. Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 2525, p. 3).

495 T. com. Paris, 10 novembre 1994, Sté Daphn c/ Sté Pluri : Inédit, cité par MAROT Y. « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », *LPA*, 2003, n° 25, p. 6

496 C.A. Paris, 6 février 1996, Sté Paris Sud Location c/ Dame Agopyan, *D.*, 1996, I.R., n° 77, *Administrer*, 1996, n° 279, p. 6 et s., note Belot, *RDI*, 1996, n° 18, p. 289, note Collart-Dutilleul, *RF compt.*, 1996, n° 280, p. 48 et s., note Fabre.

497 La Cour d'appel affirme encore que « *lorsque le commerçant représente sous un forme ou sous une autre une seule marque, [il convient de rechercher] si celle-ci a un pouvoir exclusif d'attraction de la clientèle, auquel cas le commerçant n'aurait pas de clientèle propre, ou si au contraire le savoir-faire de celui-ci, l'emplacement et les installations dont il dispose en vertu de son bail et de son initiative propre*

235. Par cette position, la Cour d'appel de Paris allait ainsi conduire la jurisprudence dans une impasse. Le tribunal de grande instance de Paris adoptera cette analyse dans un jugement du 30 octobre 1998 concernant une franchise Jean-Louis David⁴⁹⁸. La doctrine ne manquera pas de critiquer vertement le raisonnement impulsé par la Cour d'appel de Paris⁴⁹⁹. En effet, faire varier la titularité de la clientèle en fonction de l'attrait respectif des différents éléments du fonds de commerce apparaît comme une ineptie. Selon cette conception, il faudrait selon les cas, reconnaître le bénéfice d'une part de la clientèle tantôt au propriétaire des murs⁵⁰⁰, tantôt au propriétaire de la marque, voire parfois à certains salariés ou mandataires sociaux⁵⁰¹... Tant d'un point de vue intellectuel que d'un point de vue pratique, ce raisonnement est intenable. Le problème est en vérité moins de savoir qui est propriétaire de l'élément déterminant dans le choix de la clientèle que de savoir qui exploite cet élément.

236. Les juridictions ne tarderont pas à modifier leur position. La Cour d'appel de Paris finira par revenir sur sa jurisprudence, pour finalement consacrer le critère du risque entrepreneurial dans deux décisions du 4 octobre 2000⁵⁰². La clientèle est celle de celui qui exploite les éléments du fonds de commerce, et assume le risque de cette

sont déterminants dans le choix de la clientèle » (C.A. Paris, 18 janvier 1996 : Inédit, cité par Jean-Paul Clément, note sous C.A. Paris, 6 février 1996, *RJ com.*, juin-septembre 1996).

498 T.G.I. Paris, 30 octobre 1998, Sté Nicogi c/ Sté Gan Vie Gaz. Pal., 1999, jur., p. 32 et s., note Barbier. La juridiction parisienne, plutôt que de se lancer dans la détermination des mérites respectifs des différents signes attractifs de clientèle pour déterminer la paternité de cette dernière, se fonde sur la présence d'une clause d'agrément en cas de cession du fonds de commerce du franchisé pour décider que ce dernier ne peut revendiquer ni la maîtrise économique, ni la maîtrise juridique des éléments de son fonds.

Une telle motivation ne manque évidemment pas de laisser perplexe (en ce sens, v. Y. Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 2525, p. 3). Un an plus tôt, le tribunal de grande instance de Paris avait déjà pu affirmer que « *les contraintes pesant sur la charge du franchisé n'étaient pas de nature à lui permettre, bien qu'il soit qualifié de commerçant indépendant, de générer une clientèle propre* » (T.G.I. Paris, 26 septembre 1995 : Inédit, cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.).

499 Parmi l'impressionnante bibliographie consacrée à la question, on peut citer par ordre chronologique, et sans aucune prétention à l'exhaustivité : D. Baschet, « La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou... la franchise est en danger de mort », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1256 et s. ; B. Boccara, « Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1021 et s. ; R. Fabre, « La clientèle dans la franchise », *JCP E*, 1996, no 3, Cah. dr. entr., p. 17 et s. ou encore J. Derrupé, « Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ? », *AJPI*, 1997, p. 1002 et s.

500 Dans l'affaire du « Bistro de la Gare », l'emplacement sur les Champs Elysées n'était certainement pas étranger au succès de l'établissement. A suivre le raisonnement de la Cour d'appel de Paris, ce n'était pas le franchisé qu'il fallait gratifier de ce succès, mais bien le propriétaire de l'emplacement à savoir le bailleur.

501 On pense notamment à l'affaire Nicogi (T.G.I. Paris, 30 octobre 1998, Sté Nicogi c/ Sté Gan Vie Gaz. Pal., 1999, jur., p. 32 et s., note Barbier) où le gérant, coiffeur au talent reconnu, était manifestement à lui seul, un élément attractif de clientèle.

502 C.A. Paris, 4 octobre 2000, Sté Nicogi c/ Sté Gan Vie *AJDI*, 2001, Jur., p. 244, note Derrupé, *D.*, 2001, p. 1718, note Kenfack, *D.*, 2001, p. 301, note Ferrier, *JCP G*, 2001, II, 10467, note Boccara, *LPA*, 2000, n° 229, p. 12, note Derrupé et C.A. Paris, 4 octobre 2000, SCI FBH Champigny c/ SA

exploitation, peu important qu'il soit ou non propriétaire desdits éléments. La Cour d'appel d'Agen avait déjà consacré en des termes encore plus limpides cette position dans une décision⁵⁰³ qui, frappée d'un pourvoi, donnera lieu au célèbre arrêt Trévisan⁵⁰⁴. Reprenant la motivation des magistrats agenais, la Cour de cassation clôt le débat en 2002, affirmant que « *si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition par le contrat de franchise, elle est créée par son activité avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls* »⁵⁰⁵. En somme, au terme d'un débat long de dix ans, le droit positif peut se résumer en ces termes : les clients finals, consommateurs⁵⁰⁶, fréquentant un établissement franchisé, sont ceux du franchisé. Naturellement, cette assertion ouvre la voie à un nouveau questionnement : qui sont, alors, les clients du franchiseur ?

b. Les franchisés, clientèle du franchiseur

237. Arrêt Trévisan du 27 mars 2002. L'arrêt Trévisan offre une première réponse à ce questionnement. La Cour de cassation affirme en effet qu'« *une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur* »⁵⁰⁷. Cette proposition n'est cependant pas dénuée d'ambiguïtés. La lecture des commentaires de la décision

Atlas, *AJDI*, 2001, jur., p. 244, note Derruppé, *D.*, 2001, p. 1718, note Kenfack, *D.*, 2001, p. 301, note Ferrier, *JCP G*, 2001, II, 10467, note Boccara, *LPA*, 2000, n° 229, p. 12, note Derruppé.

La Cour d'appel de Paris note en des termes identiques que « *le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a fait pour l'acquérir, la maintenir et la développer ; [...] dans le cas d'une exploitation de fonds après signature d'un accord de franchise, il faut observer que la sanction d'une éventuelle perte de clientèle, voire d'un insuccès total, frappe directement le franchisé, au point, le cas échéant, de mettre en péril l'existence de son fonds* ».

503 C.A. Agen, 12 juillet 2000, Trévisan / Basquet : Inédit, cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.

504 Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, Trévisan / Basquet, n° 00-20.732, *JCP G*, 2002, II, 10112, p. 1312, note Auque, *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 111, obs. Malaurie-Vignal, *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 155, obs. Leveneur, *JCP E*, 2002, Cah. dr. ent. n° 5, p. 29, obs. Respaud.

505 Ibid.

506 Le terme de consommateur est ici employé dans son acception économique, c'est-à-dire celui qui choisit, utilise et consomme un bien ou un service – que cette consommation soit finale (la consommation correspondant à un usage personnel ou intermédiaire (la consommation contribuant à la création d'un autre bien ou service). Cette définition est, évidemment, bien plus large que celle retenue par le droit de la consommation, pour lequel « *le consommateur est une personne physique ou morale qui utilise un bien ou un service pour son usage non professionnel* » (Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2e éd., Dalloz, 2010).

507 Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, Trévisan / Basquet, n° 00-20.732, *JCP G*, 2002, II, 10112, p. 1312, note Auque, *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 111, obs. Malaurie-Vignal, *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 155, obs. Leveneur, *JCP E*, 2002, Cah. dr. ent. n° 5, p. 29, obs. Respaud

traduit l'embarras de la doctrine vis-à-vis de cette formule. Ainsi, Maître Yves Marot en déduit que la Cour de cassation consacre une dualité de clientèles : l'une ingérant juridiquement et patrimoniallement le fonds de commerce du franchisé, l'autre qui, sans réellement être celle du franchiseur, ne pourrait toutefois entrer dans le patrimoine du franchisé dans la mesure où elle n'existe que par l'attrait de la marque du franchiseur⁵⁰⁸. Dès lors, la fraction de clientèle attachée à la marque du distributeur apparaît presque comme une « chose sans maître »⁵⁰⁹. Dès lors, d'autres, à l'instar de Maître Françoise Auque⁵¹⁰ ou Éric Chevrier⁵¹¹, proposent de franchir le pas et de considérer que les clients fréquentant l'établissement franchisé à raison de la marque du franchiseur ne constituent rien d'autre que la clientèle du franchiseur. Si la lecture de la décision de la Cour de cassation ne peut qu'inviter à souscrire à cette analyse, on perçoit immédiatement les écueils qu'elle présente. Car, en somme, le raisonnement tant critiqué qui était celui de la Cour d'appel de Paris avant l'an 2000 fait un retour pernicieux. Comment déterminer, chiffrer la part réelle que représente cette clientèle dans la clientèle ? Faut-il aller sonder le for intérieur de chaque client afin de déterminer s'il se rend dans l'établissement franchisé en raison de la marque – auquel cas il appartiendrait à la clientèle « nationale » du franchiseur – ou en raison, par exemple, de l'emplacement du magasin – auquel cas il deviendrait un client « local » du franchisé ? En cas de combinaison de ces divers facteurs, faudra-t-il déterminer, pour chaque client, la motivation prépondérante dans le choix de l'établissement franchisé ?

238. Au surplus, comme le relèvent de nombreux auteurs⁵¹², il y a quelque artifice à reconnaître au franchiseur la paternité juridique de clients auquel rien ne le rattache et qu'il n'a, en somme, jamais fréquenté, pas plus directement que par l'intermédiaire de ses préposés. Dangereuse en pratique, la distinction semble vaine sur un plan intellectuel. L'arrêt Trévisan énonce en effet en des termes fort généraux les critères permettant de vérifier que le franchisé est bien titulaire d'une clientèle

508 « Il y a une clientèle qui est attachée à la notoriété de la marque du franchiseur et une autre clientèle qui fait partie du fonds de commerce du franchisé. La première clientèle n'appartient pas au franchiseur au sens juridique et plus exactement patrimonial du terme ; elle est attachée au sens économique à la marque du franchiseur » (Y. Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 2525, p. 3).

509 On doit l'expression à François Grivod, qui dans une note visionnaire dénonçait, dès 1963, les risques inhérent à cette analyse qu'il considérait déjà comme erronée (F. Grivod, note sous C.A. Montpellier, 19 janvier 1962, *D.*, 1963, p. 172).

510 F. Auque, « Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *JCP E*, 2002, 1252

511 E. Chevrier, « Le franchisé a la propriété commerciale du fonds exploité », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *D.*, 2002, p. 1487

512 En ce sens, J.-P. Blatter, « Franchise et propriété commerciale », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *AJDI*, 2002, p. 376 ; L. Godon, « Renaissance de la propriété commerciale au profit du franchisé », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, 132132, p. 67, ou de façon encore plus nette et limpide, H. Kenfack, « Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux », note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *D.*, 2002, p. 2400 : « Comme on l'a déjà dit, il est hasardeux d'essayer de déterminer la part de chacun des éléments de la franchise dans l'attraction et la fidélisation de la clientèle. Il n'est pas besoin d'opérer un partage entre une clientèle locale et une clientèle nationale pour attribuer au franchisé la titularité de la clientèle de son fonds de commerce ».

personnelle. Ces critères peuvent se résumer ainsi : posséder la maîtrise juridique et l'abus des éléments du fonds de commerce (la question de la propriété n'important en rien⁵¹³) et exploiter lesdits éléments en son nom et à ses risques et périls. Si l'on applique ces critères au franchiseur, il est impossible de conclure que ce dernier peut revendiquer un quelconque droit sur les clients fréquentant l'établissement du franchisé. Le franchiseur ne développe pas une activité, en son nom et à ses risques et périls, dans le but d'attirer une clientèle de consommateurs. Pas plus, il ne dispose de la maîtrise juridique des éléments d'un fonds de commerce nécessaire à cette activité. En revanche, quelle est l'activité du franchiseur si ce n'est de développer son réseau de franchise ? Avec qui le franchiseur contracte-t-il, en son nom et pour son compte, si ce n'est avec les franchisés ?⁵¹⁴ Dès lors, la conclusion semble relever de l'évidence. Il nous paraît indispensable et inévitable d'affirmer avec Jean Derrupé que « *les clients du franchiseur, ce sont les franchisés* »⁵¹⁵. Cette position a également été celle de la Commission des communautés européennes, qui dans le contexte certes spécifique du contrôle des concentrations, a toutefois pu affirmer que franchiseur et franchisé étaient titulaires de « deux entreprises séparées ». Celle du franchiseur consiste, pour les autorités européennes, à mettre à disposition son savoir-faire, sa marque, le « good will » propre au réseau, certains équipements, ainsi éventuellement qu'à négocier et à proposer certaines fournitures aux franchisés. Ces derniers, s'agissant du réseau Mister Minit, avaient en l'espèce pour activité principale la cordonnerie et la fabrication de clés⁵¹⁶...

513 Ceci a été parfaitement démontré par Bruno Boccara, dont le raisonnement a manifestement et heureusement influencé les magistrats du quai de l'Horloge (B. Boccara, « Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée », *Gaz. Pal.*, 1994, doctr., p. 1021 et s.).

514 On ajoutera que, d'un point de vue purement comptable, les recettes du franchiseur ne proviennent certainement pas des achats des clients finals qui fréquentent les établissements franchisés. La rentabilité de l'activité du franchiseur dépend des redevances payées par les franchisés. On peut parfaitement imaginer un réseau dans lequel les clients accourraient en masse dans les établissements franchisés, sans pour autant faire la fortune du franchiseur si, par exemple, ce dernier a mal évalué la redevance mise à la charge des franchisés. Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence formulées en matière de contrôle des concentrations sont ici d'un éclairage particulièrement intéressant. On peut y lire que « le chiffre d'affaires d'une tête de réseau (franchiseur, concédant, coopérative etc.) comprend les ventes de ses succursales, les ventes à ses adhérents indépendants afin de les approvisionner et la rémunération versée par les adhérents indépendants pour toutes les prestations de services fournies par la tête de réseau ». A l'inverse, « le chiffre d'affaires de la tête de réseau ne comprend pas les ventes au public réalisées par les adhérents indépendants » (Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, n° 592 et s.).

515 On doit à Jean Derrupé cette expression dont la concision en dispute à la limpidité : « *Il est inexact de considérer que [les clients du franchiseur] sont en tout ou partie les personnes fréquentant l'établissement du franchisé. La clientèle que génère son activité de franchiseur est liée à l'organisation et au développement de son réseau de franchise. Les clients du franchiseur, ce sont les franchisés* » (J. Derrupé, « Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ? », *AJPI*, 1997, p. 1002 et s.).

516 Comm. CE, 9 juillet 1997, UBS/Mister Minit, n° IV/M.940 (seule la version anglaise est disponible) : la Commission y relève qu'il existe « *two separate businesses, i.e., those of the franchisor, in relation to his franchisor business (i.e. the franchising of know-how, trade mark use, goodwill etc., the leasing/renting of the related premises, equipment etc. and the provision and negotiation of supplies) and those of the franchisee, in relation to the franchisee business (i.e. the provision of shoe repair and key-cutting services etc.)* ».

239. Renaissance du concept d'achalandage ? On ne peut cependant nier totalement le rôle du franchiseur dans le processus qui a permis au franchisé de constituer sa clientèle. Sans doute l'aurait-il fait plus difficilement en l'absence du franchiseur. C'est d'ailleurs pour cette raison que le franchisé s'est engagé dans la voie de la franchise et a accepté de payer des redevances au franchiseur. Comment qualifier ce plus apporté par le franchiseur ? Certainement pas de clientèle : avant l'ouverture du magasin franchisé, le franchiseur ne pouvait revendiquer aucun client. Ce qu'a apporté le franchiseur au franchisé, c'est une potentialité de clientèle, une « clientèle » uniquement virtuelle. Ces clients virtuels se sont transformés en clients uniquement sous l'impulsion de l'activité du franchisé⁵¹⁷. Jean Derrupé avait, il y a vingt ans, magistralement théorisé cette distinction⁵¹⁸, reprenant en cela des travaux plus anciens déjà menés par René Savatier⁵¹⁹ ou Rotondi⁵²⁰. Pour René Savatier, l'achalandage « *est l'attrait que certaines choses exercent abstraitement sur les hommes ou sur certaines catégories d'hommes en général, tandis que la clientèle est composée de certains hommes ou de certaines femmes en particulier* »⁵²¹. Il est difficile de ne pas reconnaître là la dualité entre la clientèle virtuelle du franchiseur – achalandage, donc – et la clientèle effective du franchisé, seule à mériter cette appellation.

240. Aussi, pensons-nous pouvoir résumer l'appréhension de la clientèle par le contrat de franchise de façon assez simple en trois propositions⁵²² :

- le franchiseur possède un ensemble d'éléments porteurs d'un achalandage, c'est-à-dire d'une clientèle potentielle ;
- le franchiseur est, en outre, titulaire, comme tout commerçant, d'une véritable clientèle : cette clientèle est constituée des seuls franchisés ;
- chaque franchisé a pour clientèle l'ensemble des clients finals qui fréquentent son magasin et génèrent son chiffre d'affaires.

517 On a pu parler, à cet égard, de « catalyseur » (J. Derrupé, « Clientèle et achalandage », in *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, P.U.F., 1992, p. 176). Le mécanisme est parfaitement décrit par Escarra et Raut : « *La simple existence et la juxtaposition des différents facteurs de production ne suffisent pas à donner naissance au fonds de commerce. Le fonds de commerce ne comprend pas seulement la somme de ses éléments constitutifs. Il faut quelque chose de plus, savoir le lien qui unit entre eux ces divers éléments et transforme une somme, un ensemble de biens juxtaposés en un tout organisé, en une exploitation, en un établissement commercial. Ce lien, c'est la volonté de l'homme.* » (J. Escarra, E. Escarra et J. Raut, *Principes de droit commercial*, Tome 1, Sirey, 1934, n° 463).

518 J. Derrupé, « Clientèle et achalandage », in *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, P.U.F., 1992, p. 158 et s.

519 R. Savatier, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, 559 et s.

520 Rotondi, « La nature juridique de l'achalandage », *Ann. dr. com.*, 1930, p. 137.

521 R. Savatier, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, p. 567.

522 S'il ne s'agit pas, à proprement parler du droit positif, dans la mesure où l'arrêt Trévisan en consacre pas explicitement cette vision des choses (il ne la contredit pas non plus), il nous semble cependant que la voie dans laquelle s'est engagée la jurisprudence ne peut que déboucher sur une telle analyse.

Cette analyse ne peut que conduire à repenser la pertinence de clauses restrictives de concurrence postcontractuelles, qui ne peuvent avoir pour seul objectif que de préserver sa propre clientèle⁵²³.

2. L'absence de pertinence des clauses de non-concurrence en terme de protection de la clientèle dans le contrat de franchise

241. Si, comme nous le soutenons, le franchiseur ne peut revendiquer – que ce soit en tout ou partie – la paternité de la clientèle de consommateurs fréquentant l'établissement franchisé, il semble dès lors inévitable que ce dernier soit illégitime à imposer une clause de non-concurrence postcontractuelle à son franchisé dans le seul but de protéger – ou plus exactement d'accaparer – cette clientèle **(a)**. Tout au plus, si la clause de non-concurrence doit protéger une clientèle, il ne peut s'agir que de celle du franchiseur, créancier de non-concurrence, c'est-à-dire les franchisés demeurant dans son réseau **(b)**.

a. L'illégitimité du franchiseur à détourner la clientèle de consommateurs finals

242. Au-delà des justifications traditionnelles avancées à l'insertion d'une clause de non-concurrence, lesquelles touchent souvent à la notion de savoir-faire⁵²⁴, il convient de s'interroger sur les effets d'une telle stipulation. En somme, le franchisé débiteur d'une clause de non-concurrence sera contraint de cesser son activité au moins temporairement. Le franchiseur, quant à lui, sera libre de réimplanter à proximité du fonds du franchisé un établissement à son enseigne. Il paraît inévitable que la clientèle qui, jadis, fréquentait l'établissement de l'ancien franchisé se tourne fort naturellement vers un magasin à l'enseigne identique, croyant d'ailleurs peut-être à un simple déménagement.

243. La clause de non-concurrence apparaît alors comme un mécanisme permettant au franchiseur de détourner la clientèle de l'ancien établissement vers un nouveau, qu'il soit exploité directement par le franchiseur lui-même ou, plus fréquemment, par un nouveau franchisé. Ce phénomène n'aurait rien de choquant s'il s'agissait pour le franchiseur de récupérer une clientèle qui n'était autre que la sienne. Si l'on admet que le franchiseur est titulaire d'une clientèle de consommateurs finals, qui profiterait, pendant la durée du contrat, au franchisé, il n'apparaît pas extravagant que l'issue du contrat organise le retour de cette clientèle à son véritable titulaire. Mais, à ce compte, il faudrait interpréter le contrat de franchise non point comme un contrat de distribution, mais comme un contrat emportant transfert de clientèle : le franchiseur céderait une clientèle au franchisé et organiserait le retour de cette même clientèle à l'issue des relations contractuelles – notamment au moyen de clauses restrictives de concurrence.

523 Bien que ce seul objectif soit une justification insuffisante de leur existence (Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000).

524 Cette question sera abondamment développée infra, n° 255 et s.

Ce serait un modèle cohérent, proche de la location-gérance. Ce n'est toutefois pas celui de la franchise.

244. La clientèle fréquentant l'établissement franchisé a été créée et captée par les efforts, par l'activité du franchisé⁵²⁵, certes avec l'aide indéniable de l'achalandage⁵²⁶ préexistant fourni par le franchiseur. Il n'est donc pas illégitime que le franchiseur souhaite protéger cet achalandage, c'est-à-dire l'attrait intrinsèque et abstrait des éléments de son fonds de commerce, au premier rang desquels le savoir-faire. Le contrat de franchise étant d'abord un accord de réitération⁵²⁷, il convient de permettre au franchiseur de poursuivre la réitération de son succès. Il faut, à cet égard, éviter que la continuation de l'activité du franchisé nuise à celle du franchiseur, qui n'est autre – rappelons-le – que de gérer et de développer un réseau⁵²⁸. Dès lors, le fondement de toute restriction postcontractuelle de concurrence ne peut être que la protection de cette activité et des moyens mis en œuvre pour la développer.

b. L'impact modéré de la réinstallation du franchisé sur la clientèle du franchiseur

245. **Protection du seul fonds de commerce du franchiseur.** Protéger la clientèle et le fonds de commerce du franchiseur revient donc, selon nous, à protéger les franchisés et, plus largement, l'ensemble du réseau de franchise. Il est indéniable qu'un ancien franchisé, parfaitement au fait des méthodes et de l'organisation internes du réseau, possède une capacité de nuisance accrue vis-à-vis de ce dernier, contre laquelle il n'est pas aberrant que la tête de réseau souhaite se prémunir. Cette approche a pu être celle des instances communautaires qui, dans le règlement d'exemption de 1988, justifiaient l'existence de clauses de non-concurrence postcontractuelles notamment par la nécessité de « *maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé* »⁵²⁹. Ce fondement avait pu être retenu comme suffisant à considérer – sans doute de façon fort laxiste⁵³⁰ – comme satisfaite l'exigence interne de légitimité de la clause⁵³¹. Le droit européen a toutefois abandonné cette référence en 1999 et ne l'a pas reprise en 2010, lui préférant un simple renvoi à la protection du savoir-faire⁵³². Il est toutefois clair que le savoir-faire n'est que le bras armé de la notion plus large d'identité du réseau.

525 Pour reprendre les termes de l'arrêt Trévisan.

526 Sur cette notion, v. supra, n° 239.

527 D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 670.

528 En non pas d'offrir un certain nombre de prestations de service ou de marchandises à une clientèle de consommateurs.

529 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise.

530 En ce sens, v. C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s., n° 15.

531 Cass. Com., 22 février 2000, Bourdon c/ SNC Prodim, n° 97-15.560 : Inédit, *JCP E*, 2000, p. 1429, note Leveueur, *Cont. conc. consom.*, 2000, n° 6, p. 22, note Poillot-Peruzzetto.

532 Il convient désormais que la restriction de concurrence soit « *indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré* » ce qui, à quelques nuances près, semble désormais clairement renvoyer à la question de la légitimité de la clause (Règlement (CE) n° 2790/1999 de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et

246. On peut néanmoins s'interroger sur la capacité réelle de l'ancien franchisé à nuire véritablement à l'image commune, à l'identité de son ancien réseau et donc à l'activité même du franchiseur. Que l'ancien franchisé conserve, sous sa nouvelle enseigne, la clientèle qu'il avait contribué à développer alors qu'il était membre du réseau met-il ce réseau en péril ? Il semble difficile d'apporter une réponse catégorique, mais il reste en revanche possible d'affirmer que dans une immense majorité des situations, ce seul élément est insusceptible d'affecter le réseau dans son ensemble. Là n'est donc pas le risque majeur que tentera de juguler le franchiseur par l'insertion de clauses de non-concurrence postcontractuelles.

* * * * *

247. La notion de clientèle – tout du moins telle qu'elle est aujourd'hui entendue par la jurisprudence et certains auteurs – semble ainsi relativement inopérante pour décrire le fondement des clauses de non-concurrence restrictives de concurrence⁵³³. En revanche, si l'on considère que la seule clientèle du franchiseur est constituée des franchisés eux-mêmes, ce sont ces derniers, et plus largement l'activité de « tête de réseau » du franchiseur que la stipulation de clauses restrictives de concurrence doit protéger. C'est donc, à notre sens, dans cette protection du réseau qu'il faut rechercher l'unique fondement des restrictions postcontractuelles de concurrence.

B. La nécessaire protection de l'achalandage du franchiseur

248. Afin de protéger son activité et donc l'attractivité de son réseau, le franchiseur se doit d'éviter toute désorganisation de ce dernier. Or, la poursuite d'activité d'un ancien franchisé est susceptible de perturber le réseau à deux égards. Tout d'abord, la perte d'un point de vente pourra mettre en péril l'organisation territoriale du réseau (1). Par ailleurs, la réinstallation du franchisé est potentiellement génératrice d'une déperdition de valeur du savoir-faire, élément capital de l'achalandage du franchiseur, et donc de l'attractivité de son réseau (2).

1. La protection de l'organisation territoriale du réseau

249. Si la protection de l'organisation territoriale du réseau de franchise a pu, au début des années 1990, apparaître comme l'un des fondements de clauses de non-concurrence postcontractuelles (a), il semble en vérité que cette solution soit très largement contestable dans la mesure où il est malaisé d'évaluer l'impact véritable de la poursuite de l'activité du franchisé sur l'organisation interne du réseau (b).

de pratiques concertées Et 5.3 c du Règlement (UE) n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées).

533 La jurisprudence ne s'y trompe d'ailleurs pas et la Cour d'appel de Bordeaux a, dès 1990, affirmé avec clarté qu'une clause ne pouvait être légitimée par la protection de la clientèle en matière de contrat de franchise (C.A. Bordeaux, 4 juillet 1990, Sabadie c/ SARL L'onglerie, JurisData n° 1990-047177).

a. La nécessaire réimplantation du réseau

250. Difficulté à rouvrir un point de vente. Il est certain que le départ du franchisé perturbera ce qu'il est convenu d'appeler le « maillage territorial » réalisé par le franchiseur, une zone se trouvant dépourvue de point de vente. Pour certains, la rédaction du premier règlement d'exemption européen⁵³⁴ permettait de voir là l'un des objets potentiels de la clause de non-concurrence postcontractuelle⁵³⁵. Quelques arrêts semblent emprunter cette analyse et notent que la clause de non-concurrence a pour objet de « donner le temps [au franchiseur], après la cessation du contrat de franchise [...] de réimplanter son enseigne, ou à son choix une autre enseigne du groupe, sur une surface équivalente, ici de 740 mètres carrés, dans la zone de chalandise »⁵³⁶ ou encore « de permettre [au franchiseur] de reconstituer le maillage de son réseau »⁵³⁷. Comme le relève de façon fort juste Monsieur le Professeur Christophe Jamin⁵³⁸, la réimplantation d'un point de vente par le franchiseur pourra effectivement tenir du parcours du combattant en raison des règles drastiques régissant la réimplantation d'une surface de vente – particulièrement dans le domaine de la grande distribution alimentaire.

251. Assigner un tel fondement à la clause de non-concurrence a pour mérite d'expliquer de façon bien plus pertinente que la référence au savoir-faire⁵³⁹ la limitation par le droit européen de l'interdiction à une durée d'un an⁵⁴⁰. Celle-ci correspondrait en effet au temps nécessaire au franchiseur pour réorganiser localement son réseau et, éventuellement, réimplanter un nouveau point de vente. Toutefois, d'autres arrêts, se fondant sur l'exigence de proportionnalité, estiment que la clause de non-concurrence ne saurait tendre uniquement « à protéger un territoire et à assurer la reconstitution locale du réseau »⁵⁴¹. Certains ont pu déceler dans cette tendance l'influence de la nouvelle rédaction du règlement européen, qui efface toute référence à la protection de l'identité commune et de la réputation du réseau⁵⁴². Cependant, cette influence ne peut être qu'indirecte dans la mesure où le règlement communautaire n'est pas systématique-

534 M. Behar-Touchais, « La clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat de franchise », note sous Cass. Com., 9 juin 2009, *RDC*, 2010, 33, p. 921.

535 L.-M. Augagneur, « Changer d'enseigne », *JCP E*, 2008, 2170, n° 11.

536 Cass. Com., 9 juin 2009, Sté Perrosdis c/ Sté Casino Distribution France, n° 08-14.301, *LPA*, 2010, n° 2, p. 11, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 221, note Malaurie-Vignal

537 C.A. Rennes, 23 octobre 2007, SARL Les conquérants c/ SAS Prodim, *JurisData* n° 2007-367061. Dans le même sens, C.A. Paris, 4 mars 1991, Nedelec c/ SNC Athlete's Foot, *JurisData* n° 1991-021270.

538 C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s., n° 15.

539 Si la clause de non-concurrence a pour fondement la protection du savoir-faire, on comprend mal dans quelle mesure le franchisé aura perdu sa dangerosité à l'expiration d'un délai uniformément fixé à un an. Sur cette question, v. n° 331 et s.

540 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 5§3, d.

541 C.A. Rennes, 23 mars 2004, *JCP E*, 2005, 446. Dans le même sens, v. C.A. Caen, 29 septembre 2005, M. Batard c/ SAS Prodim, *JCP E*, 2006, 2064.

542 L.-M. Augagneur, « Changer d'enseigne », *JCP E*, 2008, 2170, n° 11.

ment applicable. Plus largement, il nous semble que cette référence à la protection du maillage du réseau de franchise comme fondement de la clause de non-concurrence soit relativement fragile du seul point de vue de la théorie générale des obligations. En effet, comme le relève une doctrine autorisée, une clause de non-concurrence dont le seul fondement serait la protection d'un maillage territorial se révélerait particulièrement contestable du point de vue de l'exigence de proportionnalité et la condition de légitimité⁵⁴³. Il n'est pas interdit de s'interroger : la poursuite d'activité du franchisé quittant le réseau est-elle réellement de nature à perturber de façon significative la réinstallation d'un point de vente par le franchiseur ? On comprend finalement que, derrière la protection du maillage, c'est en vérité l'emplacement même de l'ancien franchisé que convoitent les partisans de cette justification de la clause de non-concurrence.

*b. L'indifférence de la poursuite d'activité du franchisé
quant à la reconstitution du maillage*

252. Inconvénients économiques du maintien du franchisé dans les murs. En pratique, deux situations méritent d'être distinguées, selon que le franchiseur sera ou non également le bailleur du franchisé – directement ou par le biais de sociétés tierces appartenant à son groupe. Dans l'hypothèse où le franchiseur cumule ces deux qualités, ce dernier aspirera probablement à conserver le point de vente du réseau dans les murs qu'il possède. Pourtant, le bail commercial consenti au franchisé sera inmanquablement de nature à faire obstacle à cette opération. Ceci peut paraître d'autant plus dommageable que les locaux auront probablement été aménagés, voire construits, pour respecter les normes du savoir-faire et préserver l'unité du réseau⁵⁴⁴. Aussi, le franchisé conservant ses locaux sera contraint d'effectuer des travaux afin d'éviter toute accusation de détournement du savoir-faire du franchiseur, tandis que ce dernier se verra dans l'obligation de réaliser, de son côté, de nouveaux aménagements pour adapter un autre local aux normes de son réseau.

253. Clauses d'enseignes. Les clauses dites d'enseignes ont pu apparaître à certains franchiseurs comme un remède efficace à ce type de situations, économiquement peu rationnelles. Avec l'instauration de ce type de clauses, le franchisé-preneur s'engageant à n'exploiter son commerce que sous l'enseigne du franchiseur-bailleur se voit automatiquement contraint de renoncer à la propriété commerciale en cas de cessation du contrat de franchise, permettant ainsi au franchiseur de disposer à nouveau de ses locaux. Toutefois, la Cour de cassation exclut fort heureusement ce type de stipulations qui semblent d'une part devoir s'apparenter à des clauses restrictives de concurrence⁵⁴⁵ et qui, d'autre part, violent, selon les magistrats du quai

543 C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s., n° 15.

544 Bien évidemment, toutes les franchises ne sont pas égales. Si un supermarché alimentaire s'accommodera peut-être facilement d'un changement d'enseigne, il en va différemment de certains points de vente dont l'architecture même est guidée par des normes propre au réseau, allant parfois jusqu'à être protégée par le droit de la propriété intellectuelle. V. infra, n° 300.

545 Sur la question de la qualification de ces clauses, v. n° 114.

de l'Horloge, les articles L. 145-47 du Code de commerce⁵⁴⁶. Aussi, quoique le franchiseur cumule cette qualité avec celle de bailleur, il semble difficile de faire échec à la poursuite de l'activité du franchisé dans les locaux donnés à bail. A cet égard, la clause de non-concurrence n'apparaît en rien comme un remède satisfaisant : si elle diffère le problème au plus d'un an et peut, au mieux, avoir un effet dissuasif, elle n'empêche en rien la poursuite de l'activité du franchisé dans les locaux objets de la franchise⁵⁴⁷. Plus fondamentalement, il semble que si la nature du réseau implique une intégration telle qu'il soit nécessaire pour la tête de réseau d'être également propriétaire des murs, c'est alors que la formule juridique de la franchise n'est pas adaptée. Le degré d'indépendance du franchisé qu'implique cette forme juridique est en effet incompatible avec une intégration quasi totale qui réduit d'autant la marge d'initiative des gérants des points de vente. Dès lors, l'incongruité de la situation à l'issue des relations contractuelles n'est peut-être pas à rechercher dans une inadaptation du droit positif, mais dans le choix erroné que les parties ont fait au moment de donner à leurs relations un cadre juridique.

254. Dans l'hypothèse opposée – qui semble davantage compatible avec l'esprit du contrat de franchise – où le franchisé a conclu un bail avec un tiers, juridiquement et économiquement indépendant du franchiseur, il ne semble pas y avoir d'aberration à ce que cette relation se poursuive après la cessation du contrat de franchise. Au surplus, cette continuité ne semble pas de nature à perturber la réimplantation du réseau du franchiseur qui, n'ayant pas d'actifs immobiliers et n'ayant pas bourse déliée pour l'acquisition de la propriété commerciale du local initial, sera libre de se mettre en quête d'un nouvel emplacement. Ce nouveau point de vente bénéficiera d'ailleurs toujours de l'attrait potentiel des éléments du fonds de commerce propre au franchiseur, au premier rang desquels le savoir-faire et la marque, et ce, que le franchisé poursuive ou non l'exploitation de son propre fonds dans ses locaux. Il paraît dès lors difficile de voir dans la protection de l'organisation territoriale l'objet unique ou même principal des clauses restrictives de concurrence postcontractuelles. Il faut alors s'intéresser à l'autre fondement que l'on assigne traditionnellement aux clauses restrictives de concurrence, c'est-à-dire à la protection du savoir-faire.

546 Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, Sté Comptoirs modernes économiques de Rennes c/ Sté La Palière distribution, n° 98-21.671, JurisData n° 2000-002876 : *Bull. civ.* III, n° 139, *Administrer*, 2000, n° 11, p. 28, note Barbier, *D.*, 2000, p. 399, obs. Monéger-Dupuis, *RTD com.*, 2000, p. 871, obs. Monéger, *AJDI*, 2000, p. 926, obs. Blatter, *Loyers et copr.*, 2001, comm. 10, obs. Brault.

547 Un moyen pour parvenir à une telle solution serait une clause limitée uniquement dans l'espace, à l'exclusion de toute limite temporelle. Si la nullité d'une telle clause peut éventuellement être sujette à débats en droit interne (sur cette question, v. n° 331), il ne fait aucun doute qu'une telle stipulation ne respecterait pas les exigences du droit européen.

La solution réside peut-être dans la notion d'ensemble contractuel indivisible, bien qu'elle semble difficilement compatible avec le statut des baux commerciaux. Sur cette question, v. les travaux fondateurs de Bernard Teyssié (B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975), ou plus récemment S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007, notam. n° 359 et s. et J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques* Litec, 1999.

2. La protection du savoir-faire

255. Le savoir-faire apparaît comme l'élément déterminant tant dans la réussite individuelle des franchisés que, plus largement dans celle du réseau. Il présente donc un caractère primordial du point de vue du franchiseur, dont il conditionne en grande partie l'activité (a). À ce titre, il peut légitimement apparaître comme le fondement le plus sûr – mais non absolu – des clauses restrictives de concurrence (b).

a. Le savoir-faire, élément principal du fonds de commerce du franchiseur

256. Le savoir-faire est généralement l'élément principal assurant au franchisé rejoignant le réseau l'avantage concurrentiel pour lequel ce dernier est prêt à payer une redevance au franchiseur. Il est ainsi souvent perçu comme la cause de l'obligation du franchisé⁵⁴⁸. Dès lors, la divulgation du savoir-faire ou sa réutilisation par un ancien franchisé mettrait rapidement en péril l'activité du franchiseur. À ce titre, le savoir-faire est un élément incontournable qu'il convient de protéger. Il faut toutefois remarquer que la nature du savoir-faire diffère largement selon les contrats de franchise. Aussi, dans nombre de franchises de distribution, le risque de réutilisation du savoir-faire par l'ancien franchisé sera relativement mince, dans la mesure où le savoir-faire consistera principalement en un mode d'organisation performant tenant à l'organisation interne du réseau. Ainsi, quittant le réseau, le franchisé se privera automatiquement de ce savoir-faire, sans pouvoir l'utiliser à nouveau⁵⁴⁹.

257. Néanmoins, le savoir-faire, dans d'autres réseaux, sera constitué d'éléments plus facilement reproductibles. Y compris dans le cadre de franchises de distribution, le savoir-faire peut principalement être constitué d'une sélection de produits à distribuer. S'il n'existe pas d'accord d'exclusivité, il sera facile à l'ancien franchisé de proposer des produits similaires à l'issue du contrat de franchise. Il en ira également ainsi des méthodes de commercialisation, qui seront elles plus facilement transposables et pourront éventuellement être réutilisées en dehors du réseau. Au-delà, le savoir-faire est susceptible de recouvrir des éléments tels qu'une ambiance, un agencement, ou un simple concept. Maître Hubert Bensoussan voit dans le fait que le savoir-faire soit souvent « *un assemblage d'éléments qui, pris isolément, ne sont pas spécifiques* »⁵⁵⁰

548 V., pour une illustration récente, Cass. Com., 14 septembre 2010, SARL Sun Bronzage c/ SA Alizes Diffusion, n° 09-17.079, JurisData n° 2010-020055, *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 12, p. 17, note Malaurie-Vignal ; ou encore C.A. Paris, 7 juin 2006, Sté Astarte c/ Daufouy, JurisData n° 2006-312420.

549 Jacques Raynard relève que l'« *on a parfois raillé le savoir-faire délivré par les grandes enseignes de distribution alimentaire et qui tient davantage dans des moyens logistiques, systèmes d'approvisionnement de paiement et autres mis en place par le réseau au profit des franchisés que dans une bible porteuse de secrets commerciaux confidentiellement dispensés à ceux-là, en sorte que l'exploitation du magasin sous une enseigne concurrente commande nécessairement l'abandon du savoir-faire de l'enseigne éconduite* » (J. Raynard et al., « Technique contractuelle (chronique) », *JCP E*, 2005, 446, n° 9).

550 H. Bensoussan, « Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ? », in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, L'Harmattan, 2009, p. 151.

l'une des « *raisons non avouées* »⁵⁵¹ à l'insertion de clauses restrictives de concurrence postcontractuelles. L'auteur note que « *seule la composante crée l'originalité* »⁵⁵². Cette constatation, pour pertinente qu'elle soit, ne remet cependant pas en cause l'exigence de protection du savoir-faire. Bien au contraire, l'absence d'originalité de chacun des éléments constitutifs du savoir-faire est de nature à renforcer cette exigence dans la mesure où la protection légale sera alors des plus lacunaires⁵⁵³. Si le savoir-faire semble donc incontestablement l'élément le plus digne de protection et, par conséquent, le plus à même de fonder l'insertion de clauses restrictives de concurrence, il n'en reste pas moins que cette justification demeure fragile.

b. Le savoir-faire, justification fragile des clauses restrictives de concurrence

258. La doctrine est unanime pour reconnaître au savoir-faire le rôle de fondement des clauses restrictives de concurrence. Il constitue d'ailleurs la véritable originalité du contrat de franchise au regard de la concurrence postcontractuelle. Néanmoins, il semble que ce fondement soit extrêmement fragile. Sans aborder la délicate question de la légitimité du franchiseur à protéger le savoir-faire par l'insertion de clauses restrictives de concurrence, on peut s'interroger sur la réalité d'une telle protection. En effet, la clause de non-concurrence sera nécessairement temporellement limitée, souvent à une durée inférieure ou égale à un an⁵⁵⁴. En quoi l'absence d'exploitation du fonds de commerce franchisé pendant une durée d'un an met-elle le franchiseur à l'abri d'un éventuel détournement de son savoir-faire ? La doctrine répond parfois que, dans la mesure où le savoir-faire est destiné à évoluer rapidement, cette période suffira à le rendre obsolète⁵⁵⁵. L'explication est certes intellectuellement fort séduisante. Elle nous semble toutefois en décalage partiel avec la pratique. Il est peu probable que l'agencement des magasins ou plus encore les méthodes de gestion soient amenés à être totalement bouleversés en l'espace d'une année. Au surplus, si tel est le fondement de l'insertion de clauses restrictives de concurrence, celles-ci devraient être d'autant plus durables et drastiques que le savoir-faire se renouvelle lentement : la protection serait inversement proportionnelle à la valeur de l'intérêt protégé⁵⁵⁶.

259. Au-delà, lorsque l'ancien franchisé désire s'affilier à un réseau concurrent déjà largement organisé et structuré, on peut s'interroger sur les véritables risques pour

551 Ibid.

552 Ibid.

553 Sur cette question, v. infra n° 263 et s.

554 V. infra, n° 331.

555 François-Luc Simon expose ainsi que « *pendant le délai d'interdiction de concurrence, le savoir-faire a en principe considérablement évolué* » (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 552).

556 Dans la mesure où l'une des principales qualités du savoir-faire (et des principales obligations du franchiseur) est l'actualisation du savoir-faire. V. notamment, D. Baschet, « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 690 et s. ; F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 235 ou encore D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 684.

le savoir-faire du franchiseur initial. Le réseau concurrent aura-t-il intérêt à modifier sa structure et son propre savoir-faire pour y incorporer tout ou partie de celui de la concurrence ? Aussi, paradoxalement, la réinstallation du franchiseur en tant que commerçant individuel serait plus dangereuse que l'affiliation dans un réseau de franchise concurrent⁵⁵⁷.

* * * * *

260. Le savoir-faire apparaît ainsi, comme le principal élément propre à fonder l'insertion de clauses restrictives de concurrence postcontractuelles. Il est en effet l'élément majeur du fonds de commerce du franchiseur, celui qui justifie son activité de tête de réseau et pourtant l'élément le plus volatil. Il semble toutefois que son rôle ait été quelque peu exagéré, peut-être du fait qu'il est le seul élément à pouvoir être identifié de façon satisfaisante comme l'objet des clauses restrictives de concurrence. Il nous semble donc incontestable qu'il est certes *la* justification des clauses restrictives de concurrence, sans pour autant que ce rôle puisse être généralisé ou systématisé.

* * * * *

* * *

*

261. Aussi, après avoir passé en revue les motifs traditionnels assignés aux clauses restrictives de concurrence, la plupart se sont révélés purement artificiels ou inadaptés aux problématiques spécifiques du contrat de franchise. En l'espèce, la clause ne peut – à notre sens – avoir pour autre finalité que celle de protéger l'achalandage du franchiseur, c'est-à-dire l'attractivité potentielle du réseau en tant qu'ensemble. Cette attractivité est principalement assurée par le savoir-faire et, de façon plus marginale par l'organisation interne du réseau. Seul l'attrait généré par ces différents éléments doit être protégé de la concurrence potentiellement nuisible d'un ancien franchisé.

262. L'objet des clauses restrictives de concurrence étant ainsi défini, il semble nécessaire de s'attacher à l'examen des raisons de leur stipulation. Il semble en effet que si des mécanismes contractuels de protection apparaissent nécessaires, ce n'est que dans la mesure où la protection de droit commun, légale, s'avère insuffisante.

⁵⁵⁷ La perception traditionnelle est pourtant inverse si l'on songe aux clauses de non-réaffiliation qui autorisent la réinstallation à titre isolée, tout en prohibant l'affiliation à un réseau concurrent.

II. LA JUSTIFICATION NÉGATIVE : L'INSUFFISANCE DES MÉCANISMES LÉGAUX DE PROTECTION

263. En dehors de toute stipulation contractuelle, la protection du savoir-faire, et plus largement des signes distinctifs du réseau peut être assurée par divers mécanismes légaux. Il convient dès lors d'étudier l'étendue de cette protection légale, laquelle déterminera pour partie la nécessité de mécanismes contractuels spécifiques. Le droit comparé offre en effet quelques exemples de législations prohibant catégoriquement toute clause de non-concurrence post-contractuelle⁵⁵⁸, ce qui ne pose pas grande difficulté en matière de contrat de franchise tant que le droit de la propriété intellectuelle, notamment, permet la protection des éléments attractifs de clientèle du réseau⁵⁵⁹.

264. La pertinence d'une restriction post-contractuelle de concurrence ne peut donc s'apprécier qu'à la mesure de l'efficacité ou de l'inefficacité des mécanismes de droit commun à protéger le réseau. Ces mécanismes sont, en France, de deux ordres. La régulation de la concurrence à l'issue des relations contractuelles peut ainsi être le fait du droit commun des obligations (A). Le franchiseur sera également protégé d'une concurrence excessive de son ancien franchisé par l'application du droit de la propriété intellectuelle à certains des éléments de son fonds de commerce (B).

A. Une protection partielle par le droit des obligations

265. En l'absence de toute manifestation de volonté des parties, le droit des obligations dispose de deux mécanismes susceptibles d'encadrer et de réguler la concurrence à l'issue des relations contractuelles. Il est des cas où il découle implicitement du contrat une obligation de non-concurrence pour les parties. Une telle obligation de non-concurrence de plein droit qui produirait ses effets à l'issue des relations contractuelles semble toutefois à exclure en matière de contrat de franchise (1). En l'absence de toute obligation de non-concurrence, qu'elle soit volontaire ou de plein droit, la régulation de la concurrence se déplace sur le terrain du fait juridique. C'est alors à

558 C'est par exemple le cas, aux Etats-Unis, du droit de l'état de Californie qui prohibe par principe toute clause de non-concurrence : « *Every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void* » (Californian Business and Professions Code, Section 16600). Les sections suivantes listent toutefois une série d'exceptions à cette règle, mais qui ne concernent pas les clauses de non-concurrence post-contractuelles insérées dans les contrats de franchise.

559 Il est assez édifiant de constater que les juriste californiens s'émeuvent assez peu d'une telle prohibition. Un avocat conseille ainsi à ses clients d'utiliser le droit de la propriété intellectuelle pour faire barrage à la concurrence d'un ancien franchisé lorsque une juridiction californienne annule une clause de non-concurrence « *when your non-compete fails, use trade secret law for protection. Even though CA courts void non-competes, they protect trade secrets. Franchisors can use trade secret law to stop the franchisee's unfair competition* » (Matt Dickstein, *Franchise Non-Competition Agreements in California*, [<http://www.hg.org/article.asp?id=19723>])

l'action en concurrence déloyale qu'il appartient de réguler les comportements susceptibles d'affecter l'équilibre concurrentiel (2).

1. L'absence de protection par une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit

266. Tenant la particulière dangerosité concurrentielle du franchisé à l'issue des relations contractuelles, il ne semble pas interdit de s'interroger sur l'éventuelle existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit qui incomberait à ce dernier. En effet, ne serait-il pas légitime, en l'absence de toute manifestation expresse de volonté, de considérer qu'une certaine éthique commanderait au franchisé de ne pas exercer une activité concurrente à celle développée jadis sous l'enseigne du réseau ? De la même manière, la question peut être envisagée du point de vue du franchisé. Celui-ci aura développé une clientèle qu'il espérera légitimement conserver en dépit de la rupture du contrat. À cet égard, l'implantation d'un nouveau point de vente à proximité par son ancien réseau de franchise présente un risque conséquent.

267. La doctrine s'est peu intéressée à cette question, tant il semble paraître acquis qu'il ne saurait exister d'obligation de non-concurrence de plein droit à l'issue des relations contractuelles. Il ne paraît pas inintéressant de tenter d'approfondir la justification de cette solution intuitive. Il semble en effet qu'une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit, laquelle n'est pas de droit positif⁵⁶⁰, semble difficile à fonder juridiquement (a) et apparaît, au final, peu nécessaire à l'équilibre de la convention de franchise (b).

a. L'absence de fondement à une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit

268. L'obligation de non-concurrence d'origine légale ou de plein droit est largement connue dans les contrats emportant transfert de clientèle. En effet, dans de telles situations, il paraît logique de faire découler l'obligation de non-concurrence de plein droit de l'obligation de garantie du fait personnel⁵⁶¹ pesant sur le cédant. C'est ainsi qu'en matière de cession de fonds de commerce, la Cour de cassation vise traditionnellement l'article 1626 et du Code civil afin de prohiber au vendeur tout acte de nature à détourner la clientèle cédée⁵⁶².

560 Il n'existe, à notre connaissance, aucune décision qui reconnaîtrait l'existence d'une telle obligation. Précisons toutefois que la jurisprudence ne semble pas plus en avoir jamais explicitement affirmé l'inexistence.

561 En ce sens, v. Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 2.

562 Il s'agit là d'une jurisprudence constante et ancienne (Cass. Req., 29 juillet 1908, *DP*, 1909, 1, 281, note Lacour). Pour un exemple récent, v. Cass. Com., 15 décembre 2009, SA Média Participation Paris c/ de Saint-Vincent, n° 08-20.522, JurisData n° 2009-050879, *Contrats, conc. consom.*, 2010, n° 3, p. 17, note Leveneur, *RTD com.*, 2010, n° 1, p. 155, note Dondero, *JCP E*, 2010, n° 15, p. 33, note Roussille, *D.*, 2010, p. 2540, note Picod.

269. Absence de transfert de clientèle. Le mécanisme est identique, quoique fondé sur des textes différents, en matière d'apport en société⁵⁶³, ou encore d'échange⁵⁶⁴. Il s'agit toutefois là de contrats à exécution instantanée emportant transfert de clientèle. Il n'y a donc aucune difficulté à admettre que l'on ne puisse reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre, et la jurisprudence accueille favorablement toute obligation de non-concurrence de plein droit. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à faire preuve d'imagination lorsqu'il s'agit de trouver un fondement légal à cette obligation, qui en est parfois dépourvue dans certains contrats⁵⁶⁵. En pareil cas, l'obligation de non-concurrence de plein droit ne pose pas de difficulté majeure, si ce n'est quant à la question de son éventuelle étendue. Le contrat de franchise ne peut toutefois se rattacher à cette catégorie.

270. Outre le fait qu'il n'emporte aucun transfert de clientèle⁵⁶⁶, le contrat de franchise est un contrat à exécution successive, ce qui oblige nécessairement à distinguer, comme nous l'avons fait pour cette étude, la période d'exécution du contrat qui s'étale bien souvent sur plusieurs années, de celle qui suivra la rupture des relations contractuelles. La problématique d'une éventuelle obligation de non-concurrence de plein droit pendant la durée des relations contractuelles a déjà été abordée⁵⁶⁷ et il convient de ne s'intéresser ici qu'à la question des relations postcontractuelles. Or, s'il est admis l'existence d'obligations de non-concurrence de plein droit dans certains contrats à exécution successive, celles-ci ne concernent que la période contractuelle. C'est ainsi que, si une telle obligation est imposée au salarié pendant l'exécution du contrat de travail, ce dernier retrouve par principe, et sauf stipulation contraire, son entière liberté à l'expiration des relations contractuelles⁵⁶⁸. Il en va de même pour le

563 L'article 1843-3 al. 3 du Code civil renvoyant explicitement aux obligations en matière de vente. Pour une illustration, v. Cass. Com., 18 janvier 1966 : *Bull. civ.* III, n° 31.

564 En ce sens, v. Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 51. La question semble toutefois demeurer un cas d'école, sur lequel la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer.

565 En matière de partage successoral, la jurisprudence décide que « *la liberté du commerce ne peut autoriser l'un des copartageants à vider le fonds de commerce attribué à l'autre d'une partie de sa substance et ce, même en l'absence de toute clause particulière d'interdiction dans le contrat liant les parties* » (Cass. Com., 17 octobre 1984, SARL Siboni & autres c/ Dame Siboni, *D.*, 1985, p. 396, note Serra). Une doctrine autorisée voit dans cette formule la découverte d'une obligation de non-concurrence de plein droit, éventuellement fondée sur une transposition de la garantie du fait personnel, ou plus probablement sur les « règles générales des obligations et du contrat » (Y. Serra, note sous Cass. Com., 17 octobre 1984, *D.*, 1985, p. 397), c'est-à-dire sur l'obligation de bonne foi (en ce sens, Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 2).

566 Le contrat de franchise peut tout au plus être analysé comme emportant le transfert d'éléments du fonds de commerce susceptibles, par leur exploitation d'attirer une clientèle. Si transfert il y a, ce n'est donc que d'une potentialité de clientèle.

567 V. supra, n° 195 et s.

568 Y. Picod relève qu'« *en l'absence de clause restrictive de concurrence, le contrat de travail cesse de produire le moindre effet. Le salarié retrouve alors sa liberté, en principe privilégiée par rapport à la sauvegarde des intérêts de l'entreprise. Seul l'usage abusif de cette liberté pourra être sanctionné sur le fondement délictuel de la concurrence déloyale* » (Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 22). Seules les périodes

locataire-gérant⁵⁶⁹, le dirigeant social, l'associé⁵⁷⁰, l'agent commercial⁵⁷¹, ou encore le VRP⁵⁷², si bien qu'il ne nous paraît pas exister de contrat n'organisant pas un transfert de clientèle qui emporterait une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit⁵⁷³.

271. Les notions d'intérêt commun, de coopération dans l'exécution du contrat ou encore d'exécution de bonne foi, qui peuvent servir de fondement à une éventuelle obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat, sont ici inopérantes. S'il apparaît parfois difficile d'exiger de partenaires contractuels davantage que la simple exécution des stipulations contractuelles au nom d'un intérêt commun supérieur, il semble impossible de solliciter une telle coopération d'anciens cocontractants, c'est-à-dire d'actuels concurrents. L'obligation de loyauté contractuelle peut tantôt donner naissance à une obligation de loyauté précontractuelle⁵⁷⁴. Il semble en revanche difficile de faire découler de cette obligation une quelconque obligation de loyauté postcontractuelle⁵⁷⁵.

correspondant à un préavis ou à une suspension du contrat de travail peuvent susciter des difficultés. Sur cette question, v. Y. Picod et S. Robinne, « Concurrence (Obligation de non-) », *in Rép. trav. Dalloz*, 2009, n° 18 et s. Antoine Mazeaud note quant à lui que, par la clause de non-concurrence, « le salarié s'engage à ne pas faire concurrence au-delà de l'obligation légale de ne pas faire de concurrence déloyale » (A. Mazeaud, *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, 2012, n° 418).

569 V. en ce sens, L. Vogel, *Traité de droit des affaires - Du droit commercial au droit économique*, Tome 1, L.G.D.J., 2010, n° 484. Pour une illustration jurisprudentielle affirmant très clairement ce principe, v. C.A. Paris, 2 février 2005, Martinez c/ Saddier Solimena, JurisData n° 2005-268878 : « si un contrat de location gérance n'interdit pas, de plein droit au locataire-gérant d'exercer, à l'issue de la location gérance, la même activité que celle faisant l'objet du fonds loué ».

570 A supposer que les associés aient une obligation de non concurrence de plein droit pendant la durée de détention des parts sociales ; solution qui ne peut en tout cas être généralisée à l'ensemble des formes sociales (Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 35).

Pour les dirigeants sociaux exerçant un pouvoir de représentation, il semble qu'il existe une obligation de non-concurrence de plein droit, découlant de l'obligation d'exécution loyale de leur mandat (v. Ibid., n° 37. et Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 151. Il n'existe en revanche aucune obligation de non-concurrence de plein droit à l'issue du mandat social : « lorsque le pouvoir de représentation prend fin, rien ne justifie le prolongement d'un devoir de loyauté particulier, en l'absence de clause contraire » (Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 37).

571 L'article L. 134-14, al. 1 du Code de commerce précise que : « Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat ». Sur ce point, v. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6^e éd., Litec, 2012, n° 224 et s.

572 Ibid., n° 135.

573 En ce sens, v. Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence (De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise) », *D.*, 1987, chron., p. 113 et s. ou M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5^e éd., Sirey, 2011, n° 216. V. également G. Virassamy, note sous Cass. Com., 25 juin 1991, *JCP E*, 1992, II, 303, où l'auteur affirme avec justesse que « s'il est permis de dire que l'intérêt commun impose bien une obligation de non-concurrence pendant l'exécution des relations contractuelles, [...] il n'en va pas de même pour la période post-contractuelle ».

574 En ce sens, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse : Dijon, L.G.D.J., 1989

575 En vérité, on verra qu'en matière de droit de la concurrence, une telle obligation de loyauté post-contractuelle existe peut-être déjà, mais elle relève, fort logiquement et en dépit de l'apparent paradoxe, du domaine délictuel... V. infra, n° 392 et s.

272. Au surplus, il y aurait une aberration manifeste à faire entrer dans le champ contractuel des relations qui, de fait, n'en relèvent plus et, de droit, n'y ont pas été incorporées par la volonté des parties. Dès lors, du strict point de vue de la technique juridique, une obligation de non-concurrence de plein droit produisant ses effets à l'issue du contrat de franchise apparaît difficilement concevable.

b. L'absence de nécessité à une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit

273. L'obligation de non-concurrence de plein droit a, par nature, vocation à rester relativement marginale dans la mesure où elle ne peut servir que de variable d'ajustement. Elle ne peut être découverte par le juge que dans la mesure où elle est « *indispensable à l'économie du contrat* »⁵⁷⁶. Ce n'est que si elle apparaît « *impérativement nécessaire à l'économie d'une convention* »⁵⁷⁷ que l'obligation de non-concurrence sera imposée aux cocontractants « *en étant supposée contenue dans la réglementation légale du contrat* »⁵⁷⁸. Ce caractère indispensable doit être apprécié avec d'autant plus de rigueur que l'obligation de non-concurrence demeure une exception au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et qu'en matière d'obligation de plein droit cette exception est introduite dans le contrat par le juge. La question nécessitée d'une telle obligation peut être posée tant du point de vue du franchisé (**b-2**) que de celui du franchiseur (**b-1**).

b-1. L'absence de nécessité d'une obligation de non-concurrence postcontractuelle pesant sur le franchiseur

274. La problématique de la nécessité d'une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit à la charge du franchiseur est la plus délicate. En effet, à la rupture des relations contractuelles, le franchisé conservera généralement son droit au bail et continuera à exploiter son commerce sous sa propre enseigne ou en s'affiliant à un réseau concurrent⁵⁷⁹. Le franchiseur, dont le réseau sera privé de point de vente dans cette zone géographique, aura donc tout intérêt à y installer un nouveau franchisé. Cette implantation d'un point de vente concurrent sous l'enseigne et la marque anciennement utilisées par le franchisé est nécessairement de nature à détourner une partie de sa clientèle.

275. **Possibilité de réimplanter un nouveau commerce.** La jurisprudence a eu à se prononcer quant à ce type de situation, il est vrai marginale dans la mesure où elle pré-suppose l'absence de toute clause de non-concurrence dont serait débiteur le franchisé. Dans un arrêt en date du 21 avril 2000, la Cour d'appel de Paris énonce clairement qu'« *en l'absence de toute clause de non-concurrence conventionnelle, [les sociétés du franchiseur] étaient libres d'exploiter leur marque comme elles l'entendaient, notamment en*

576 Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 1.

577 Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 17.

578 Ibid.

579 A condition, bien évidemment, que le franchisé ne soit pas tenu par une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation.

*ouvrant un nouveau commerce à leur enseigne ; qu'à cet égard il ne leur était pas interdit de choisir un emplacement proche du fonds qui bénéficiait du contrat venu à terme »*⁵⁸⁰. Les magistrats parisiens ferment ainsi clairement la porte à toute idée d'obligation de non-concurrence de plein droit, avant de se placer, fort logiquement, sur le terrain de la responsabilité délictuelle.

276. La solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où l'ex-franchisé ne saurait revendiquer « *un droit d'une durée illimitée sur la clientèle qu'il a exploitée sous l'enseigne du franchiseur* »⁵⁸¹ et qui s'étendrait au-delà du terme du contrat, résultat auquel conduirait inévitablement l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit⁵⁸². S'il est certain qu'une partie de la clientèle se détournera du fonds de l'ancien franchisé pour suivre la marque du franchiseur, cette part sera inversement proportionnelle aux efforts qu'aura faits le franchisé pour fidéliser sa clientèle⁵⁸³. Aussi, ce « détournement » de clientèle n'est que la résultante du jeu normal de la concurrence.

277. **Sanction d'éventuels comportements déloyaux.** Il conviendra toutefois de se montrer particulièrement attentif, en pareille hypothèse, aux conditions d'exercice de cette concurrence. Car si l'ouverture d'un nouvel établissement n'est pas, en soi, constitutive d'une faute, il n'en reste pas moins que les conditions dans lesquelles elle s'opère peuvent facilement être de nature à désorganiser l'entreprise de l'ancien franchisé ou encore à créer une confusion dans l'esprit du consommateur. Dès lors, il a justement été fait remarquer que « *la relation contractuelle passée doit-elle inciter les juges à la plus grande attention quant aux comportements déloyaux dénoncés* »⁵⁸⁴.

b-2. L'évidente absence de nécessité d'une obligation de non-concurrence postcontractuelle pesant sur le franchisé

278. Il paraît évident qu'aucune obligation de non-concurrence de plein droit post-contractuelle pesant sur le franchisé n'est nécessaire à l'économie du contrat de franchise⁵⁸⁵. La concurrence de l'ancien franchisé est certes particulièrement redoutable

580 C.A. Paris, 21 avril 2000, Sté Lafont c/ L.V.T., n° 1998/02532, *D.*, 2002, p. 1264, note Auguet.

581 Y. Marot, « Les relations franchiseur-franchisé : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », note sous T. com. Paris, 5 décembre 1997, *LPA*, 1999, 2626, p. 16.

582 Le jugement du tribunal de commerce, réformé par la Cour d'appel de Paris, ne s'était d'ailleurs pas risqué lui-même à avancer l'existence d'une telle obligation. La juridiction consulaire semblait au contraire se placer sur le fondement de la concurrence déloyale, tout en indiquant de façon assez mystérieuse que « *l'extrême proximité des deux fonds était propre à détourner la clientèle attachée au commerçant plutôt qu'à la marque qu'il avait cessé de représenter* » (T. com. Paris, 5 décembre 1997, Sté Lafont c/ L.V.T., n° 97-059596, *LPA*, 1999, n° 26, p. 16, note Marot).

On voit mal où trouver, dans une telle formule, la faute constitutive d'un fait de concurrence déloyale. Car si la faute consiste en la seule réimplantation – fût-elle en un lieu proche de l'établissement de l'ancien franchisé – il ne s'agit plus de concurrence déloyale, mais de concurrence interdite...

583 En vérité, elle correspondra à l'achalandage du franchiseur.

584 Y. Auguet, « La licéité de l'installation d'un franchiseur à proximité immédiate du fonds de l'un de ses anciens franchisés », note sous C.A. Paris, 21 avril 2000, *D.*, 2002, p. 1264.

585 En ce sens notamment Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 33.

pour le franchiseur. Elle n'a cependant pas pour effet d'anéantir l'objet du contrat ou de remettre en cause, a posteriori, son exécution loyale. La réinstallation du franchisé n'est pas, en elle-même porteuse d'une atteinte intolérable aux intérêts du franchiseur, telle qu'elle mettrait en péril l'économie du contrat. Le franchisé se réinstallera a priori sous une enseigne et un nom commercial différents ce qui semble exclure tout risque de détournement automatique d'une clientèle qui, au demeurant, est la sienne⁵⁸⁶.

279. Arrêt isolé et ancien concernant un mandataire. La Cour de cassation semble toutefois avoir admis, dans une décision, l'existence d'une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit, non point dans un contrat de franchise, mais à l'égard d'un mandataire⁵⁸⁷. Il semble toutefois s'agir d'un arrêt d'espèce, au surplus déjà ancien, et dont la motivation ne peut que laisser perplexe. À la lecture de l'arrêt, il semble en effet que l'obligation de non-concurrence découle, non pas de la loi ou d'une exigence plus large de bonne foi, mais de la seule volonté prétorienne : « *la Cour a pu mettre à la charge de Monsieur Vervelle une obligation de non-concurrence* »⁵⁸⁸. Il n'est en revanche pas inintéressant de noter la référence appuyée de cette décision à la notion de mandat d'intérêt commun, laquelle semble justifier la solution.

280. Il nous paraît toutefois difficile et peu nécessaire de tenter une généralisation de cette jurisprudence qui a probablement vocation à demeurer isolée. En vérité, seuls les conditions de la réinstallation et les moyens mis en œuvre à cette occasion seront, parfois, susceptibles de causer un trouble excessif au franchiseur. La sanction de tels comportements relève du droit de la concurrence déloyale et non de la concurrence interdite.

2. La protection inadaptée par le droit de la concurrence déloyale

281. En l'absence d'obligation de non-concurrence, qu'elle soit purement contractuelle ou d'origine légale, le droit de la concurrence déloyale a vocation à régir les rapports entre les anciens partenaires contractuels. Il ne s'agit pas ici de tenter de procéder à une étude systématique des comportements pouvant être sanctionnés par le biais de cette action. Cette tentative de typologie fera l'objet de développements à venir⁵⁸⁹. À

586 Pour la démonstration de ce postulat, v. n° 232 et s.

587 Cass. Com., 25 juin 1991, Vervelle c/ Ergand, n° 89-20.506, *JCP E*, 1992, II, 303, note Virassamy, *D.*, 1992, jurispr. p. 249, note Batteur, *D.*, 1993, somm. p. 156, obs. Picod, *RTD civ.*, 1992, p. 391, obs. Mestre : la Cour régulatrice y affirme qu'« *ayant retenu l'existence d'un mandat d'intérêt commun liant M. Ergand à M. Vervelle, et que M. Vervelle avait commis une faute à l'égard de son ancien mandant en conservant le fichier de la clientèle, la Cour d'appel a pu mettre à la charge de M. Vervelle une obligation de non-concurrence limitée dans le temps et dans l'espace* ». Dans le commentaire critique qu'il réserve à cette décision, le Doyen Yves Picod remarque que seul Jean Hémarid avait pu soutenir, en 1959, une position similaire à celle adoptée en l'espèce par la Cour (Y. Picod, note sous Cass. Com., 25 juin 1991, *D.*, 1993, somm., p. 156).

588 Cass. Com., 25 juin 1991, Vervelle c/ Ergand, n° 89-20.506, *JCP E*, 1992, II, 303, note Virassamy, *D.*, 1992, jurispr. p. 249, note Batteur, *D.*, 1993, somm. p. 156, obs. Picod, *RTD civ.*, 1992, p. 391, obs. Mestre

589 V. infra, n° 392.

ce stade de notre étude, il s'agit en revanche de tenter de démontrer que l'action en concurrence déloyale, malgré l'étendue de son champ d'application et sa formidable plasticité, ne peut constituer un élément suffisant de protection du réseau à l'issue des relations contractuelles ; cette lacune constituant une justification négative de l'intérêt d'une clause de non-concurrence. Il apparaît en effet que l'action en concurrence déloyale est inappropriée tant du point de vue de sa mise en œuvre **(a)** que de ses effets **(b)** aux buts poursuivis par le franchiseur, soucieux de protéger la structure qu'il a développée.

a. Une action inappropriée du point de vue de sa mise en œuvre

282. Au-delà de l'évidente différence de fondement, concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle s'opposent quant aux modalités de la protection qu'elles assurent. Contrairement à la concurrence anticontractuelle qui sanctionne une activité, la concurrence déloyale ne peut sanctionner que les moyens utilisés pour exercer cette activité⁵⁹⁰. Là où l'obligation de non-concurrence annihile – au moins temporairement et dans un secteur géographique déterminé – totalement la liberté du commerce et de l'industrie, la concurrence déloyale maintient ce principe en tempérant les usages abusifs. La réflexion sur la légitimité de l'insertion d'une clause de non-concurrence postcontractuelle par le franchiseur doit ainsi amener à s'interroger sur la pertinence de l'un ou l'autre de ces deux mécanismes au regard des objectifs poursuivis. En d'autres termes : la protection du réseau par le franchiseur nécessite-t-elle la prohibition pure et simple de l'activité exercée par le franchisé, ou peut-elle au contraire se satisfaire du simple contrôle de l'abus dans l'exercice de cette activité ?

283. La concurrence déloyale permet de prohiber au franchisé l'usage des principaux signes distinctifs du réseau et ainsi d'éviter tout risque de confusion⁵⁹¹. Au-delà de la marque qui bénéficie souvent d'une protection spécifique, le franchisé sera ainsi automatiquement privé de l'enseigne du franchiseur, de son nom commercial⁵⁹² ou encore de son nom de domaine⁵⁹³, tout usage indu tombant sous le coup de la concurrence déloyale⁵⁹⁴. Cette protection, pour étendue qu'elle soit semble cependant inefficace pour protéger le réseau. Exigeant la preuve d'une faute, l'action en concurrence déloyale ne peut apporter une protection suffisante et rapide qu'aux éléments dont

590 Y. Picod, « Rapport français : la concurrence déloyale », in Association Henri Capitant, *La concurrence*, Société de législation comparée, 2010, p. 154.

591 V. infra, n° 440.

592 Le Professeur Le Tourneau remarque à juste titre que cette protection s'étend bien au-delà de ces seuls éléments. Elle s'applique également à l'emblème, aux publicités, voire au numéro de téléphone (P. Le Tourneau, *Les contrats de franchise*, 2e éd., Litec, 2007, n° 609).

593 JurisData 263817

594 Pour une illustration jurisprudentielle, v. Cass. Com., 5 mai 1998, Gestion et transactions immobilières c/ FA1, n° 95-15.475 : Inédit. Il convient toutefois de réserver le cas où les modalités de démontage et de restitution des signes distinctifs tels que l'enseigne seraient prévues par le contrat de franchise – ce qui est probablement une sage précaution – auquel cas l'action ne peut être que contractuelle (C.A. Paris, 20 juin 2007 : Inédit, RG n° 05/04931, cité par François-Luc Simon, « L'extinction du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », LPA, 2008, n° 243, p. 55, n° 271).

l'utilisation est apparente, voire flagrante. Le cas de l'enseigne est à cet égard révélateur, tant il sera aisé pour le franchiseur de prendre connaissance de son utilisation induite et d'en exiger, éventuellement en référé, la cessation immédiate et sous astreinte⁵⁹⁵.

284. Difficulté probatoire. Il sera en revanche beaucoup plus délicat de prouver rapidement l'utilisation induite d'un savoir-faire ou, dans une moindre mesure, d'un fichier-clients⁵⁹⁶. Se pose en effet la délicate question de savoir quand l'utilisation de l'expérience acquise auprès du franchiseur devient déloyale. Comme le remarque un auteur, le principe en la matière reste en effet que l'utilisation du savoir-faire d'autrui n'est pas, en soi, un acte constitutif de concurrence déloyale⁵⁹⁷. Si la jurisprudence est abondante en matière de droit social, elle est plus rare concernant le contrat de franchise, mais le raisonnement par analogie ne semble poser aucune difficulté. Il conviendra donc pour le franchiseur de prouver non seulement l'utilisation de son savoir-faire par le franchisé⁵⁹⁸, mais encore que celle-ci a pour conséquence une confusion ou un parasitisme économique⁵⁹⁹. L'exigence probatoire de l'action en concurrence déloyale est ici incompatible avec le souci du franchiseur de protéger efficacement son réseau.

285. Aussi la justification et la pertinence des restrictions contractuelles de concurrence semblent-elles proportionnelles à l'importance du savoir-faire et des méthodes transmises par le franchiseur afin de permettre la réussite du franchisé. La clause de non-concurrence n'aura donc par exemple qu'un faible intérêt en matière de franchise industrielle, lorsque le savoir-faire du franchiseur consiste essentiellement en la mise à disposition de machines, protégées par des droits de propriété industrielle, qui seront reprises à l'issue du contrat⁶⁰⁰. Il en sera inversement dans le cadre d'une franchise de services ou de distribution, où les méthodes de commercialisation, de suivi de clientèle et de marketing auront assuré l'essentiel de la réussite du franchisé, l'action en concurrence déloyale n'étant pas à même d'en organiser la protection efficace⁶⁰¹.

595 Pour une illustration jurisprudentielle, v. C.A. Paris, 6 octobre 2006, JurisData n° 2006-332901.

596 Sur le sort de ce dernier, v. n° 457 et s.

597 M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.*, 1997, p. 207 et s., n° 18.

598 Ce qui nécessitera inévitablement des mesures d'instructions d'une ampleur bien plus grande qu'en matière d'enseigne ou de marque par exemple.

599 Cass. Com., 3 juin 1986, Sanitar c/ Nussbaum, n° 84-16.971 : *Bull. civ.* IV, n° 110, *D.*, 1988, somm. p. 212, obs. Serra.

600 François-Luc Simon relève ainsi que « l'ancien franchisé ayant adopté le savoir-faire et l'ayant intégré à sa pratique commerciale, il peut s'avérer difficile en pratique de l'empêcher d'utiliser ce savoir-faire, à moins que celui-ci n'implique l'emploi d'un matériel particulier dont le franchiseur a repris possession, soit qu'il en ait conservé la propriété et l'ait simplement mis à disposition du franchisé pendant la durée du contrat, soit qu'il l'ait racheté en fin de contrat en application des stipulations relatives à la reprise du matériel » (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 551).

601 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé », Fascicule n° 1050, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 58 et s.

b. Une action inappropriée du point de vue des sanctions

286. Trop contraignante du point de vue de sa mise en œuvre pour assurer de façon pertinente la protection d'éléments non tangibles tels que le savoir-faire, l'action en concurrence déloyale se révèle en outre inadaptée du point de vue des mécanismes de sanction qu'elle propose. La fonction de l'action en concurrence déloyale, qui n'est autre qu'une application de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle est d'abord réparatrice. Dans l'immense majorité des cas, la victime d'agissements déloyaux prétendra d'abord à la réparation de son préjudice par l'octroi de dommages et intérêts. Pour autant, l'ambition du franchiseur désireux de protéger les éléments attractifs de clientèle inhérents à son réseau n'est pas tant de réparer, mais de prévenir, ce même en l'absence de tout dommage. Il s'agit donc pour lui de mettre en place un dispositif sanctionnateur et comminatoire que l'action en concurrence déloyale ne peut que partiellement offrir⁶⁰².

287. Certes, le franchiseur pourra espérer voir son ancien franchisé condamné sous astreinte à cesser l'utilisation du savoir-faire, ce qui pourra éventuellement se traduire par des mesures très concrètes telles que la modification de l'agencement du magasin⁶⁰³. Il ne s'agit là toutefois que de la partie émergente du savoir-faire, le reste étant constitué de méthodes et de connaissances pour lesquelles il s'avérera particulièrement délicat de condamner l'ex-franchisé à l'oubli sélectif et à la schizophrénie. Cette part purement intellectuelle du savoir-faire est en réalité consubstantielle de l'activité même. L'unique moyen d'en empêcher l'utilisation réside dans la prohibition de cette activité. Or, il sera a priori impossible au juge saisi d'une action en concurrence déloyale d'enjoindre la cessation totale de l'activité de l'ancien franchisé⁶⁰⁴.

* * * * *

288. Ainsi, il semble que le droit des obligations soit, en l'absence d'expression de la volonté des parties, relativement peu à même d'organiser la protection efficace du réseau de franchise à l'issue des relations contractuelles. Pour autant, cette abstention

602 Il est indiscutable que l'action en concurrence déloyale a, aussi, pour objet de sanctionner le comportement d'un concurrent indélicat. Le laxisme de la jurisprudence quant à l'exigence d'un dommage en est l'une des illustrations. Il n'en reste pas moins que ses vertus comminatoires et préventives sont sans commune mesure avec celles d'une clause de non-concurrence, c'est-à-dire d'une obligation de résultat, éventuellement assortie d'une clause pénale.

603 Pour un exemple, v. C.A. Paris, 1er juillet 1993, SARL Favac c/ SA Cinderella, *LPA*, 1993, n° 125, p. 12, note Gast, où l'ancien franchisé est condamné à modifier la couleur des murs de son salon de coiffure ainsi que celle des peignoirs.

604 Certaines décisions, unanimement critiquées par la doctrine, ont toutefois procédé ainsi (Cass. Com., 28 avril 1980, n° 78-15.051 : *Bull. civ.* IV, n° 166, *JCP G*, 1982, II, 19791, note Azéma ou Cass. Com., 17 octobre 1984, SARL Sibon & autres c/ Dame Siboni, *D.*, 1985, p. 396, note Serra).

Il a été relevé à leur propos que « l'action en concurrence déloyale se développe dans le champ d'application du principe de la liberté de la concurrence, ce qui devrait conduire à ce que ce soient uniquement les agissements déloyaux qui puissent être prohibés par la juge, non l'activité concurrentielle elle-même que seule la loi ou la convention des parties peut interdire » (Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 231).

ou, à tout le moins, cet attentisme du droit commun nous paraît parfaitement justifié. En effet, la nature du réseau de franchise ne nécessitera pas systématiquement une protection maximale se matérialisant par une interdiction pure et simple de concurrence. Il est des cas, certes peut-être marginaux, mais réels⁶⁰⁵, où le simple contrôle de l'abus ou de l'excès par le biais de la concurrence déloyale sera suffisant à préserver une concurrence équilibrée. Dans l'hypothèse où le savoir-faire présentera une importance telle qu'une véritable interdiction de concurrence sera nécessaire, la souplesse du droit des obligations permet aux parties d'aménager cette interdiction tout en refusant de la systématiser. Ce mécanisme nous paraît tout à la fois juste et équilibré tant il associe fermeté du principe que constitue la libre concurrence et souplesse des tempéraments par la possibilité de dérogations conventionnelles encadrées. Il nous semble en outre expliquer, en creux, la multiplication des clauses restrictives de concurrence postcontractuelles que l'appréciation jurisprudentielle rigoureuse parvient cependant à cantonner au titre de (fréquentes) exceptions. Enfin, la protection limitée organisée par le droit des obligations se montre d'autant plus satisfaisante qu'une protection, plus restreinte quant à son champ d'application mais plus intense, est organisée par le droit de la propriété intellectuelle.

B. Une protection lacunaire par le droit de la propriété immatérielle

289. Le savoir-faire étant l'élément principal justifiant l'insertion de mécanismes restrictifs de concurrence à l'issue du contrat⁶⁰⁶, il est nécessaire de s'interroger quant aux possibilités de protections accordées au franchiseur en dehors du droit de la concurrence⁶⁰⁷. Aussi faut-il se demander si le savoir-faire, et plus largement l'ensemble des signes de ralliement de clientèle sont susceptibles d'une protection – partielle ou totale – par le droit de la propriété immatérielle. Suivant la distinction classique en la matière, il conviendra de s'interroger tout d'abord sur les possibilités de protection offertes par le droit de la propriété industrielle (1), avant d'aborder l'éventualité d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle (2).

⁶⁰⁵ On pense par exemple à l'hypothèse d'une franchise industrielle dont l'innovation majeure serait constituée par un brevet, dont le savoir-faire non-protégé ne serait que l'accessoire. Privé de l'utilisation du brevet par le droit de la propriété industrielle, le franchisé sera automatiquement privé de l'utilisation du savoir-faire, sans qu'il soit besoin de recourir à des mécanismes contractuels restrictifs de concurrence.

⁶⁰⁶ Il semble que le contrat de franchise soit un contrat de distribution, mais aussi un contrat d'exploitation de droits intellectuels, puisque sa finalité n'est autre que de transférer au franchisé le droit d'exploiter une marque et un savoir-faire. Il semble donc impossible de passer sous silence la question de la protection – naturelle – de ces éléments par le droit de la propriété intellectuelle. Sur cette question, v. D. Ferrier, « La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels », in *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 187 et s.

⁶⁰⁷ En vérité, il est assez artificiel d'opposer droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence dans la mesure où le premier a vocation à créer au bénéficiaire du titulaire des droits un monopôle, exclusif de toute concurrence. D'un point de vue économique, les deux mécanismes tendent aux mêmes fins, par des moyens certes différents.

1. Une protection partielle par le droit de la propriété industrielle

290. Le droit de la propriété industrielle a nécessairement une place de choix s'agissant de la protection concurrentielle du réseau. De façon fort classique, la marque est l'outil phare de ce dispositif (a). Toutefois, la relative plasticité du droit de la propriété industrielle a permis à certains franchiseurs fort imaginatifs de tenter de protéger par son truchement des éléments aussi insolites que les locaux des établissements franchisés (b). De façon plus étonnante, le savoir-faire dans son ensemble reste en dehors du champ d'application de cette protection (c).

a. La protection de certains signes distinctifs par le droit des marques

291. L'un des principaux signes distinctifs mis à disposition du franchisé par le franchiseur n'est autre que la marque. Aussi, celle-ci fait-elle l'objet d'une protection spécifique qui, au-delà des règles du droit commun précédemment étudiées, limitera considérablement la liberté de l'ancien franchisé. Toutefois, le droit des marques, qui organise une protection « maximaliste » (a-1), semble avoir un champ d'application plus large que celui que l'on lui prête habituellement (a-2).

a-1. L'extension du champ d'application⁶⁰⁸ de la protection organisée par le droit des marques

292. L'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle définit la marque comme « un signe de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale », avant de fournir une liste non exhaustive des éléments susceptibles de revêtir cette qualification. Le franchiseur, dont l'essentiel de la valeur du fonds de commerce provient des signes distinctifs qu'il possède aura un intérêt majeur à étendre autant que possible la protection ainsi offerte par le droit de la propriété industrielle, ce afin de se constituer un monopole et d'échapper ainsi aux contraintes de la protection par l'action en concurrence déloyale. Dès lors, il semble légitime de s'interroger sur le sens qu'il convient de donner aux termes de l'article L. 711-1.

608 Nous ne traiterons pas, dans le cadre de cette étude, des conditions d'obtention du droit privatif que représente la marque, mais uniquement des éléments susceptibles de faire l'objet d'un tel droit. Il convient ici de distinguer « le droit et l'objet sur lequel il porte ou est susceptible de porter, c'est-à-dire ici le signe. Il est certain, en effet, que tout signe répondant à la définition légale [de l'article 711-1] n'est pas une marque au sens juridique du terme. » (J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 33)

L'ambition de ces développements n'est pas de procéder à une étude exhaustive du droit des marques, mais uniquement de tenter de démontrer l'impact de l'élargissement progressif du champ d'application de ce droit sur le fondement et les justifications des restrictions contractuelles de concurrence. Il semble en effet, comme nous l'annonçons pour introduire notre problématique, que plus la protection légale du franchiseur est importante, moins celui-ci paraît fondé à imposer une restriction post-contractuelle de concurrence, au nom de la préservation d'intérêts déjà protégés d'autre part par la loi.

293. Le terme de marque renvoie, selon le sens commun, à une « *figure que les marchands ou ouvriers mettent à leurs marchandises ou ouvrages* »⁶⁰⁹. Cette hypothèse est prévue par le a) de l'article L. 711-1 alinéa 2, lequel vise « *les dénominations sous toutes formes telles que : mots, assemblages de mots, noms paronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles* », ainsi que par le c) du même texte vise quant à lui les signes figuratifs dont il donne une liste indicative, recoupant principalement les formes et dessins. Toutefois, la définition juridique de la marque, plus encore depuis l'intervention de la loi du 4 janvier 1991⁶¹⁰, déborde largement cette hypothèse classique. Les éléments de ralliement de clientèle, propriété du franchiseur, susceptibles de faire l'objet d'un droit privatif par le truchement du droit des marques sont extrêmement divers.

294. **Large champ d'application.** Le législateur n'a en effet fixé comme seule limite que l'exigence de « *représentation graphique* »⁶¹¹. Dans un arrêt célèbre, la Cour de justice des communautés européennes a pu préciser que cette limite était commandée par le bon fonctionnement du système d'enregistrement des marques, qui suppose que le signe choisi puisse être représenté visuellement⁶¹². Cette représentation peut cependant intervenir par des procédés relativement divers et la jurisprudence européenne admet notamment qu'elle intervienne « *au moyen de figures, de lignes ou de caractères, qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective* »⁶¹³. Sont donc admis à bénéficier de la protection du droit des marques une couleur⁶¹⁴, une combinaison de couleurs⁶¹⁵, ou encore un signe sonore⁶¹⁶.

295. La question de la protection d'une odeur a même été posée au juge communautaire. Alors que le droit international semble relativement défavorable à une telle protection⁶¹⁷, la juridiction communautaire quant à elle, ne l'exclut pas par principe. Elle se trouve toutefois largement encadrée par la jurisprudence de la Cour de justice des

609 E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome 6, Encyclopedia Britannica Inc., 1994, v. « Rupture ».

610 Un auteur note ainsi que : « *A l'opposé du texte de 1964 qui n'acceptait que les signes 'matériels', la rédaction actuelle traduit une tendance à l'élargissement de l'éventail des signaux admis (son, nuance de couleur, image de synthèse, hologramme et, pourquoi pas... parfum) pourvu qu'ils soient distinctifs* » (V. Astic et J. Larrieu, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », *D.*, 1998, p. 389).

611 Article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle.

612 « *Cette représentation graphique doit permettre au signe de pouvoir être représenté visuellement, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, de sorte qu'il puisse être identifié avec exactitude. Une telle interprétation est commandée par le bon fonctionnement du système de l'enregistrement des marques.* » (CJCE, 12 décembre 2002, Ralf Sieckmann c/ Deutsches Patent und Markenamt, n° C-273/00).

613 Ibid., n° 55.

614 CJCE, 6 mai 2003, Libertel Groep BV c/ Benelux-Merkenbureau, n° C-104/01 : Rec. CJCE, 2003, I, p. 3793, *Propr. industr.*, 2003, comm. 69, note Mandel.

615 CJCE, 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie GmbH, n° C-49/02.

616 CJCE, 27 novembre 2003, Shield Mark BV c/ Joost Kist h.o.d.n. Memex, n° C-283/01 ; v. également I. Meunier-Cœur, « Jingle in the jungle », *Propr. industr.*, 2008, no 2, alerte 17.

617 Traités sur le droit des marques, adopté à Genève le 27 octobre 1994, art. 2§1, b.

communautés européennes. Celle-ci estime en effet logiquement que la description écrite d'une odeur n'est pas suffisamment précise pour en permettre l'identification⁶¹⁸. Quant à la représentation de l'odeur par une formule chimique, elle ne serait pas intelligible par le commun des mortels et ne remplirait donc pas les conditions posées par la directive 89/104/CEE du 21 décembre 1998⁶¹⁹. Il ne paraît cependant pas évident que la représentation d'une phrase musicale sous forme de partition, voire d'un son sous forme de sonagramme soit plus facilement intelligible pour le commun des mortels qu'une formule chimique.

296. Il est certain qu'il y a, dans ces exemples, autant d'éléments susceptibles de constituer des signes distinctifs du réseau, et donc de faire partie de l'achalandage du franchiseur⁶²⁰, lequel jouira – à supposer qu'il ait pris la peine de les déposer – d'un monopole légal sur ces signes, dont la protection sera alors relativement aisée en dehors de toute stipulation restrictive de concurrence.

a-2. Les modalités de la protection
organisée par le droit des marques

297. La protection du droit issu de la marque est organisée en droit français par les articles L. 713-3 à L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle. Ces dispositions organisent une protection systématique de la marque, qui diffère largement de la protection des signes distinctifs organisée par le droit de la concurrence déloyale. En effet, le droit de la propriété industrielle permettra souvent de sanctionner l'usage de la marque par l'ex-franchisé en l'absence de tout risque de confusion⁶²¹. Parmi l'ensemble des cas d'infractions légaux au droit de marque, tous ne sont pas susceptibles de protéger le réseau de l'usage des signes distinctifs par un ancien franchisé indélicat. L'incrimination de la détention ou de la mise en vente d'un produit contrefait a, à cet égard, peu d'intérêt. Le franchisé évincé du réseau n'a a priori aucune raison de devenir un contrefacteur peu scrupuleux.

298. En revanche, il est fort probable que le franchisé, désireux de poursuivre son activité ou une activité similaire, sera tenté de continuer à user directement ou indirectement la marque du franchiseur sur laquelle il a bâti sa clientèle. Cette attitude est susceptible d'être constitutive des faits prévus par l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle. L'hypothèse la plus évidente est celle du franchisé rechignant à ôter l'enseigne portant la marque son ancien franchiseur. Au-delà de l'action en concurrence déloyale, le franchiseur bénéficiera alors de l'action en contrefaçon pour faire cesser ce trouble manifeste. Toutefois, en pareille hypothèse, il a été démontré

618 Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349.

619 Ibid.

620 Prenant l'exemple d'une franchise de distribution, on peut s'interroger sur ce qu'il reste du savoir-faire du franchiseur, si on ôte le « packaging » des produits, l'organisation du magasin, son ambiance sonore et éventuellement olfactive.

621 Le titulaire de la marque disposant à cet égard d'un véritable droit privatif.

que le droit des obligations offrait déjà une protection relativement satisfaisante au franchiseur⁶²².

299. « **Anciennement X...** », « **Spécialiste Y...** ». L'intérêt de l'action en contrefaçon pourrait être plus important lorsque l'ancien franchiseur sera tenté d'utiliser la marque de façon détournée. La question a principalement été posée en matière de concession automobile, mais le raisonnement semble parfaitement transposable au contrat de franchise, notamment s'agissant des franchises de distribution. Fort de l'expérience acquise au sein du réseau, il n'est pas rare que l'ancien distributeur tente de se prévaloir de sa renommée par l'insertion de mentions telles que : « *anciennement X* », « *spécialiste Y* »⁶²³, ou toute autre formule équivalente. Il ne semble pas évident que de telles mentions soient systématiquement susceptibles d'être constitutives de concurrence déloyale⁶²⁴. Certaines décisions relèvent par exemple que l'ancien concessionnaire insiste sur le fait qu'il n'intervient qu'en tant que réparateur motoriste, et non en tant que concessionnaire de ladite marque pour exclure toute condamnation au titre de la concurrence déloyale⁶²⁵. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'utilisation de la marque est faite dans le dessein d'insinuer l'appartenance au réseau qu'elle sera sanctionnée sur le terrain du droit commun⁶²⁶. La protection par le droit des marques devrait en revanche exclure toute recherche de faute pour se focaliser sur le seul usage indu d'un signe protégé. Sans doute pour des raisons essentiellement pratiques et économiques, la jurisprudence semble toutefois réticente à suivre cette voie⁶²⁷ et considère que le droit des marques ne peut justifier l'interdiction de l'usage de la marque pour signaler les services offerts par l'ancien membre du réseau⁶²⁸. Il semblerait logique que, là où l'action en concurrence déloyale s'intéresse à la finalité de l'usage indirect de la marque (y a-t-il ou non risque de confusion ?), le droit des marques s'intéresse aux modalités de l'usage de cette marque. En effet, la mention de la marque par l'ancien membre du réseau soucieux de valoriser ses compétences peut par exemple se faire sans utiliser la typographie ou le logo propre à celui-ci. En somme, si l'intensité de

622 V. infra, n° 471 et s.

623 Ce sera tout particulièrement le cas en matière de franchise de distribution, l'intérêt pour de l'insertion de telles mentions pour le franchisé étant directement proportionnel à la renommée de la marque anciennement distribuée.

624 Il ne paraît pas certain que, si elles sont utilisées de manière loyale, c'est-à-dire comme n'entretenant aucune ambiguïté sur la non-appartenance au réseau, ces mentions puissent être considérées, per se, comme constitutives d'actes de concurrence déloyale.

625 Cass. Com., 17 décembre 1991, *D.*, 1992, somm., p. 38, obs. Ferrier.

626 La jurisprudence retient assez fréquemment cette hypothèse : Cass. Com., 29 juin 1993, n° 91-21.764, *D.*, 1995, somm., p. 210, obs. Picod, *Contrats, conc., consom.*, 1993, comm. 193, note Leveueur, Cass. Com., 15 décembre 1998, Barret *c/* Angel's Motos, n° 96-21.675 : Inédit, *PIBD*, 1998, III, p. 130 ou encore Cass. Com., 23 novembre 1999, Sté Auto 80 *c/* SARL Auto 76, n° 97-20.462, *PIBD*, 2000, III, p. 177, *LPA*, 2000, n° 226, p. 11, note Fraudin et Mathey.

627 Certaines décisions considèrent néanmoins que l'usage de la marque complexe est illicite (T.G.I. Paris, 22 janvier 2008, *PIBD*, 2008, III, p. 285).

628 V. en ce sens Cass. Com., 25 avril 1983, BMW France *c/* Automobiles Louis-Gérard Benoit, n° 82-11.050 : *Bull. civ.* IV, 1983, n° 123, *JCP G*, 1983, II, 20090 ou CJCE, 23 février 1999, Bayerische Motorenwerke AG *c/* BMW Nederland BV, n° C-63/97, *PIBD*, 1999, III, p. 221.

la protection offerte par le droit des marques est généralement plus importante que celle de l'action en concurrence déloyale, celle-ci ne permet toutefois pas d'assurer une protection totale de l'ensemble des signes distinctifs du réseau. Elle ne protège pas le savoir-faire en tant que tel, bien qu'elle soit susceptible de couvrir les émanations les plus diverses de celui-ci. Le cas des bâtiments et locaux est à cet égard édifiant.

b. Le spectre de la protection des bâtiments et des locaux

300. Néanmoins, la formidable plasticité du droit des marques en fait un outil redoutable de protection du réseau à l'issue des relations contractuelles. L'exigence de représentation graphique, telle que formulée par l'article L. 711-1 ne semble en effet pas faire obstacle, a priori, à la protection du plan des locaux des magasins franchisés, pour peu que ce dernier soit un tant soit peu original⁶²⁹. On perçoit sans difficulté l'intérêt majeur d'une telle protection pour le franchiseur, mais on ne peut s'empêcher, dans le même temps, d'imaginer les conséquences désastreuses qu'elle engendre pour l'ancien franchisé, titulaire d'un bail commercial sur un local protégé par le droit des marques.

301. Tentatives de protection des locaux du franchisé. C'est une célèbre enseigne spécialisée dans les grillades qui s'est, à notre connaissance, aventurée la première dans cette voie, tentant de déposer la forme – il est vrai caractéristique – de « ses » restaurants. Alors qu'un litige l'opposait à un tiers au réseau, la Cour de cassation refuse fort heureusement la possibilité pour un bâtiment d'être constitutif d'une marque susceptible de désigner les services d'une entreprise⁶³⁰. La solution est probablement fort heureuse, plus encore si l'on déplace les conséquences des relations entre un franchiseur et ses concurrents à celles entre ce même franchiseur et ses anciens franchisés. La situation d'un ancien franchisé titulaire d'un bail sur un local protégé par le droit des marques pourrait en effet être cocasse... Doit-on conclure que le bail emporte droit d'usage de la marque, ou au contraire que le franchisé ne saurait poursuivre son activité, et donc concurrencer le franchiseur, dans des locaux ainsi protégés ?

302. Cette question a été posée en jurisprudence, non point par le truchement du droit des marques, mais par celui des dessins et modèles. La question de principe demeure cependant identique. Un franchiseur de salons de coiffure avait en effet cru bon de déposer l'organisation intérieure des salons de son réseau. Fort de cette protection, le franchiseur attaquait systématiquement les franchisés ayant quitté le réseau, estimant que la poursuite de leur activité dans lesdits locaux était constitutive de

629 Sur cette question, v. P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé », Fascicule n° 1050, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 34 et D. Bastian, « De la marque constituée par la forme d'un bâtiment », *in Hommage à Henri Desbois*, Dalloz, 1974, 104 et s.

La jurisprudence encore nuancée sur ce point comme en témoigne l'arrêt Cass. Com., 11 janvier 2000, SA Séphora c/ SARL Patchouli Hérouville, n° 97-19.604 : Inédit, *D.*, 2001, p. 468, obs. Durrande, lequel n'exclut pas, par principe l'agencement d'un magasin du champ d'application du droit des marques, tout en constatant que les conditions ne sont pas, en l'espèce, remplies.

630 Cass. Com., 29 février 1972, *D.*, 1972, p. 397, *RTD com.*, 1972, p. 695, obs. Chavanne.

contrefaçon des modèles, lesquels se rapportaient principalement aux agencements, aux étalages, aux articles et aux installations des salons de coiffure. Saisie de cette question, la Cour d'appel de Lyon déboutera systématiquement le franchiseur pour une question de fait, estimant que la preuve de la similitude entre la marque et l'organisation du salon de l'ancien franchisé n'était pas établie⁶³¹. Il est donc loin d'être exclu que dans d'autres circonstances, une telle action puisse être admise. Une telle solution, sans doute pertinente du point de vue du droit de la propriété industrielle, ne peut cependant que faire frémir lorsque la question est abordée du point de vue du droit de la concurrence.

303. On objectera que les éléments protégés étaient ici probablement plus des meubles que des immeubles et que, par conséquent, le franchisé avait la possibilité de renoncer à leur utilisation de façon relativement aisée. Il en irait différemment si l'agencement intérieur protégé ne pouvait être modifié qu'au prix de coûteux travaux, voire de la destruction partielle ou totale du bâtiment. Le franchisé serait alors, de fait, privé de son droit au bail et donc, de la possibilité d'exercer toute activité concurrente dans des locaux qu'il loue pourtant en son nom, pour lesquels il a payé un droit d'entrée et consenti par la suite d'importants frais d'aménagement. Il ne s'agit, ni plus ni moins, que d'une restriction de concurrence caractérisée, une clause d'enseigne légale, mais qui échappe pourtant au contrôle prétorien traditionnel de ces dernières.

c. L'absence de brevetabilité du savoir-faire

304. La possibilité d'une protection du savoir-faire par un brevet est en vérité facilement tranchée. Il suffit de se référer à la définition que donne le règlement européen d'exemption du 20 avril 2010 pour constater que le savoir-faire est « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées* »⁶³². Les éléments du savoir-faire ne sauraient donc être protégés par un brevet. L'explication traditionnellement fournie est de prime abord fort séduisante : les notions de brevet et de savoir-faire s'excluraient mutuellement dans la mesure où la protection par brevet implique la divulgation de la technique concernée alors que la protection en tant que savoir-faire suppose que l'information ait été gardée secrète.

305. Contradiction avec le caractère secret du savoir-faire. Toutefois, à y regarder de plus près, le règlement exige que seul le savoir-faire, en tant qu'ensemble, soit secret⁶³³. Ceci n'implique toutefois pas nécessairement que l'ensemble de ses constituants soit, pris isolément, secret ; dès lors que l'assemblage demeure substantiel et

631 C.A. Lyon, 13 février 2003, SARL Formaholt c/ SARL Indy, JurisData n° 2003-218257, C.A. Lyon, 30 janvier 2003, SARL Formaholt c/ SARL Lyon Sud Développement, JurisData n° 2003-223024.

632 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 1, g.

633 « *Aux fins du présent règlement, on entend par : [...] g) 'savoir-faire', un ensemble secret* » (Règlement (UE) n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées).

secret. Le savoir-faire peut parfaitement être secret, bien que chacune de ses composantes ne le soit pas⁶³⁴. Dès lors, rien ne semble s'opposer à ce que certaines informations, partie intégrante du savoir-faire, fassent l'objet, à titre isolé, d'un brevet⁶³⁵. Ce sera tout particulièrement le cas en matière de franchise industrielle où le savoir-faire transmis par le franchiseur portera nécessairement sur des méthodes de fabrication et comprendra donc, fort probablement, des informations brevetées. Il nous semble artificiel d'affirmer que ces informations, en raison de leur publicité, ne font pas partie intégrante du savoir-faire. Bien au contraire, elles en sont le cœur⁶³⁶.

306. Il paraît en revanche totalement opportun et justifié de considérer que ces informations brevetées ne peuvent être l'unique objet du savoir-faire, sans quoi celui-ci ne serait alors, dans son ensemble, plus secret, le contrat de franchise se transformant ainsi en une licence de brevet⁶³⁷. Dès lors, si la protection individuelle d'éléments constitutifs d'une partie du savoir-faire paraît possible, voire souhaitable⁶³⁸, la protection globale du savoir-faire par ce biais semble impossible. Non seulement le caractère secret de ce dernier disparaîtrait, mais plus encore il est fort probable en outre que les conditions d'obtention d'un brevet ne pourraient pas être remplies. La conclusion de ce propos semble dès lors, pour l'essentiel, devoir être identique à celle développée en matière de droit d'auteur : si la protection isolée d'éléments constitutifs du savoir-faire apparaît possible, celle du savoir-faire dans son ensemble est à rejeter de façon encore plus évidente.

2. Une protection inadaptée par le droit de la propriété intellectuelle

307. L'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle qui ouvre le chapitre consacré aux œuvres protégées par le droit d'auteur dispose que sont concernées

⁶³⁴ Le règlement de 1988 était sur ce point particulièrement éloquent en précisant explicitement que : la notion ne devait pas « être comprise dans un sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur ». Dans le même sens, v. D. Baschet, « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 690 et s.

⁶³⁵ Pourtant, le règlement européen d'exemption exclut de la notion de savoir-faire toutes les informations qui seraient brevetées... Il y a là une assimilation regrettable de la partie au tout.

⁶³⁶ François-Luc Simon préfère pour sa part considérer que ces informations « accompagnent » le savoir-faire (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 79), ce qui nous paraît contestable.

⁶³⁷ Certains vont toutefois plus loin dans la critique du texte communautaire, affirmant que cette précision entretient une confusion « entre l'objet de l'intervention juridique que représente le savoir-faire et les modalités de l'intervention juridique susceptible d'être appliquées à celui-ci et dont le brevet représente une option » (J. Raynard, « Retour sur le savoir-faire non breveté », in *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, n° 12).

⁶³⁸ Cette protection est manifestement perçue comme positive par certains franchisés qui s'émeuvent de découvrir qu'elle n'est pas systématique. Pour diverses illustrations de contestations de la substantialité du savoir-faire en l'absence de brevet, v. C.A. Bordeaux, 23 mars 1989, SARL L'onglerie c/ Henry, JurisData n° 1989-041727, C.A. Bordeaux, 4 juillet 1990, Sabadie c/ SARL L'onglerie, JurisData n° 1990-047177, Cass. Com., 22 janvier 1991, Mme Rolande c/ SARL L'onglerie, n° 89-15.654 : Inédit, ou encore C.A. Poitiers, 14 septembre 1994, SARL L'onglerie c/ Mme Sabadie, JurisData n° 1994-052602.

« toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »⁶³⁹. Le néophyte pourrait être tenté de voir dans la généralité de cette assertion un moyen commode et efficace de protéger le savoir-faire, qu'il semble difficile de qualifier autrement que d'« œuvre de l'esprit ». Toutefois, le droit d'auteur est marqué depuis le XVIII^e siècle⁶⁴⁰ par une singulière opposition entre le fond et la forme, bien peu favorable à la protection du savoir-faire par le franchiseur. En effet, selon l'expression consacrée, le droit d'auteur n'a pas vocation à protéger les idées qui sont de « libre parcours »⁶⁴¹.

308. Libre parcours des idées. Dès lors, le savoir-faire en tant que concept abstrait ne peut être protégé par le droit d'auteur. Seule la forme particulière donnée à l'idée que représente le savoir-faire est susceptible de protection. Ce n'est donc pas le savoir-faire en tant que tel, mais ses multiples émanations, son prolongement concret et pragmatique qui seront susceptibles de protections. Les exemples sont nombreux. Le plus répandu et le plus évident est certainement la mise en place de ce que la pratique a coutume de désigner – stupidement selon certains⁶⁴² – sous le vocable de « bible » de la franchise. Dans un fascicule souvent épais, ou de plus en plus fréquemment sous forme électronique, le franchiseur récapitulera à destination de ses franchisés le concept de son réseau et y détaillera les points essentiels de son savoir-faire. Bien évidemment, un tel support, qu'il soit papier ou informatique, est susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur⁶⁴³. Toutefois, par une application classique du principe susénoncé, la jurisprudence décide fort logiquement que si un ouvrage exposant une méthode peut être protégé par le droit d'auteur, à condition que sa composition ou sa forme réponde aux exigences d'originalité, la méthode elle-même ne peut bénéficier de la protection⁶⁴⁴. Or, le franchiseur a bien peu d'intérêt à protéger la présentation du savoir-faire faite dans sa « bible » : pour originale qu'elle soit, cette présentation n'a pas ou peu de valeur au regard des idées qu'elle renferme.

309. Tout comme le droit des marques, le droit d'auteur se révèle donc inefficace pour assurer une protection globale du savoir-faire, même au travers d'une éventuelle « bible ». Plus intéressante en revanche sera la protection de réalisations

639 Article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle

640 On trouve cette distinction chez Fichte (J. G. Fichte, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole*, PUF, 1968).

641 H. Desbois, *Le Droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz, 1978, n° 18 : « quelle qu'en soit l'ingéniosité et même si elles sont marquées du coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peut être contrariée par les servitudes inhérentes au droit d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours ».

Ce point de vue, quoique de droit positif, est critiqué par certains : P. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 2, p. 8 et s.

642 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 497.

643 Ces hypothèses sont envisagées par la liste non exhaustive de l'article L. 112-2 1° du Code de la propriété intellectuelle qui vise « les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ».

644 C.A. Paris, 2 août 1870, *DP*, 1871, 2, p. 16

ponctuelles, fruit du savoir-faire du franchiseur. La protection de savoir-faire passera donc par la protection efficace de l'ensemble des éléments qui le compose. À cet égard, le droit d'auteur pourra être un appui précieux pour le franchiseur. On pense évidemment aux logiciels de gestion spécifiques, souvent indispensable à la mise en œuvre des méthodes de gestions du franchiseur⁶⁴⁵ que ce dernier aura pu développer ou faire développer. De la même manière, les plans des bâtiments, les affiches publicitaires et autres catalogues seront fréquemment protégés au titre du droit d'auteur⁶⁴⁶.

310. À la marge se posent des questions similaires à celles déjà abordées en matière de protection des éléments du savoir-faire par le droit des marques⁶⁴⁷. Il ne fait ainsi aucun doute que le droit d'auteur sera susceptible de protéger une composition musicale qui servirait à différencier le réseau et serait en tant que telle un signe de ralliement de clientèle, partie intégrante du savoir-faire⁶⁴⁸. De la même manière, un éventuel personnage qui servirait d'emblème au réseau⁶⁴⁹ devrait logiquement se voir accorder la protection du droit d'auteur, dans la mesure où il est empreint d'une certaine originalité et d'une certaine constance⁶⁵⁰. On pourrait éventuellement songer à ajouter à cet inventaire à la Prévert la présentation des vitrines⁶⁵¹ et bien d'autres illustrations du savoir-faire dont l'objet de la présente étude n'est pas de faire la liste exhaustive.

645 Claude Guiu et Michèle Tresse notent ainsi que « *le savoir-faire se traduit souvent par des applications très concrètes comme la réalisation de logiciels de gestion spécifiques sur lesquels un droit d'auteur est complètement opposable* » (C. Guiu et M. Tresse, « La protection du réseau de franchise par les droits de propriété industrielle », *D. aff.*, 1999, no 170, p. 1154 et s.).

646 Bien qu'il arrivera fréquemment que le franchiseur ne soit, pas plus que le franchisé titulaire de ce droit qui appartiendra par principe à l'auteur de ces œuvres, lequel sera souvent un tiers (architecte, agence de communication). Le franchiseur aura cependant tout intérêt à se faire consentir une cession partielle ou totale de ce droit, tout particulièrement s'agissant des bâtiments (sur cette question, v. M. Huet, « Architecture et urbain saisis par le droit d'auteur en France », *RIDA*, 2007, no 212, p. 3 et s.). La protection des œuvres publicitaires par le droit d'auteur a fait l'objet de diverses études : E. Parent, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989 ou plus récemment C. De Los Santos, « Publicité et droit d'auteur, comment protéger ses ouvrages publicitaires ? », *Gaz. Pal.*, 2000, no 140, p. 15 et s.

647 V. supra, n° 289 et s.

648 L'hypothèse est expressément envisagée par l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle qui vise « les compositions musicales avec ou sans paroles ». Il conviendra bien évidemment de vérifier que la composition en question remplit les conditions classiques nécessaires à la protection au premier rang desquelles le critère d'originalité (pour une étude d'ensemble de la question, v. A.-E. Kahn, « Objet du droit d'auteur, notion d'œuvre musicale (CPI, art. 112-2) », Fascicule n° 1138, *in J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2003).

649 On pense inévitablement, notamment, à un célèbre clown, symbole d'un réseau de restauration rapide non moins célèbre.

650 La jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais eu à se prononcer sur la question en matière de droit de la distribution. Cependant, la généralité des solutions dégagées en matière de fiction nous paraît autoriser un raisonnement par analogie (v. notamment C.A. Paris, 9 janvier 1986, *JurisData* n° 1986-020012).

651 Celles-ci nous paraissent, dans des hypothèses bien particulières, relever de véritables créations originales, ce qui légitimerait une protection du franchiseur.

* * * * *

311. Ainsi, l'étude des possibilités de protection du savoir-faire par le droit de la propriété intellectuelle a permis de dégager la spécificité de cette notion, laquelle explique principalement l'impossibilité d'une protection par les mécanismes classiques. En effet, le savoir-faire est d'abord un ensemble, au sens premier et holiste du terme, c'est-à-dire un tout qui diffère et sublime l'ensemble des éléments individuels dont il est constitué. Le savoir-faire comprendra souvent nombre d'éléments protégés ou susceptibles de l'être par le droit de la propriété intellectuelle. Il est frappant de constater la faculté d'adaptation du droit de la propriété intellectuelle qui a su rapidement appréhender des objets extrêmement divers. Toutefois, le savoir-faire ne peut se résumer à la simple somme de l'ensemble de ces éléments. La valeur ajoutée du franchiseur réside uniquement dans l'assemblage inédit, cohérent et éprouvé de l'ensemble de ces éléments, qu'ils soient ou non originaux. À dire vrai, beaucoup de savoir-faire pourtant substantiels ne sont constitués que de l'assemblage d'éléments qui, pris isolément, ne recouvrent aucune originalité⁶⁵². C'est en revanche ce subtil assemblage et la cohérence interne de ce dernier qui déterminera le succès du réseau. Paradoxalement toutefois, le savoir-faire ainsi défini en tant qu'ensemble est totalement insusceptible de protection par le droit de la propriété intellectuelle.

* * * * *

* * *

*

312. Aussi, il semble possible d'affirmer que la protection légale du savoir-faire et plus largement du réseau à l'issue du contrat de franchise, si elle n'est pas inexistante, demeure assez largement insuffisante. Le problème est essentiellement d'intensité en matière de droit des obligations : en l'absence d'obligation de non-concurrence de plein droit, le régime de la concurrence déloyale apparaîtra souvent trop contraignant au franchiseur. Le problème est en revanche lié au champ d'application en ce qui concerne le droit de la propriété intellectuelle, inapte à prendre en compte la spécificité du savoir-faire en tant qu'ensemble sublimant l'ensemble de ses composantes. Cette protection insuffisante par la loi ouvre donc la voie à l'insertion complémentaire de restrictions contractuelles de concurrence, dont il faudra désormais étudier le régime, à la lumière de ses enseignements.

652 Hubert Bensoussan note très justement que « *la plupart des savoir-faire sont un assemblage d'éléments qui pris isolément ne sont pas spécifiques. Seule la composante crée l'originalité, la 'distinctivité'* » (H. Bensoussan, « Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ? », in Dissaux et Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, L'Harmattan, 2009, p. 151).



313. Cette section avait été ouverte sur deux interrogations : quelle(s) valeur(s) protègent les clauses restrictives de concurrence post-contractuelles et pourquoi celle(s)-ci a (ont)-elle(s) besoin d'une telle protection spécifique ? La première de ces questions est en réalité la plus embarrassante. Il est plus facile de faire l'inventaire de ce que les clauses restrictives de concurrence ne sauraient protéger que de déterminer précisément leur objet. Aussi, au terme de cette analyse, il nous semble que seul le savoir-faire est susceptible d'être érigé en valeur protégée par les restrictions post-contractuelles de concurrence. À la question de savoir si la protection de ce savoir-faire organisée par la loi est véritablement inadaptée, il nous semble plus aisé de répondre par l'affirmative. Cette double constatation permet d'éclairer d'un jour nouveau la question du régime des restrictions de concurrence.

SECTION II. LE RÉGIME DES CLAUSES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

314. Les règles applicables à la stipulation de clauses de non-concurrence ont principalement trait à la validité de ces dernières, que la jurisprudence encadre très largement. Le non-respect de ces règles prétoriennes est traditionnellement sanctionné par la nullité de la clause **(I)**. Toutefois, au-delà de ces conditions classiques, il est possible de se demander si la jurisprudence n'a pas, en matière de contrat de franchise, ouvert la voie à d'autres critères d'appréciation qui, bien que n'étant pas érigés en condition de validité de la clause, conditionneraient largement sa mise en œuvre **(II)**.

I. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CLAUSES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

315. Les règles posées, tant par le droit des contrats que le droit de la concurrence à proprement parler, sont relativement convergentes si bien qu'il n'est pas impossible de les présenter conjointement au sein d'un même exposé. Deux idées force paraissent se dégager : il convient de s'assurer non seulement de l'opportunité de la stipulation d'une telle obligation **(A)**, mais également de ce que celle-ci préserve un équilibre minimal entre les droits et obligations de chacune des parties **(B)**.

A. Le contrôle de l'opportunité de l'engagement restrictif de concurrence

316. La présentation unitaire des règles posées par le droit interne des contrats et le droit de la concurrence – de source principalement européenne – pourrait ici sembler hasardeuse. En effet, il est possible d'observer, sur le plan sémantique au moins, certaines nuances entre ces différentes branches du droit. Lorsque la jurisprudence interne s'attache à vérifier la légitimité de la clause (1), le droit de la concurrence interroge sa nécessité (2). Faut-il dès lors penser que le droit des contrats se contente de vérifier que la clause soit justifiable, là où le droit de la concurrence exigerait qu'elle soit la seule voie de protection des intérêts du franchiseur envisageable. La différence sémantique traduit-elle une approche réellement différente ?

1. Le contrôle de l'opportunité par le truchement de la notion de légitimité en droit des obligations

317. Le critère de légitimité de la clause est un élément fondamental de l'appréciation de la validité des clauses de non-concurrence en droit commun. Plus encore que dans d'autres contrats, cette notion est en matière de contrat de franchise la clé de voûte du raisonnement prétorien (b). Si le contrat de franchise doit ainsi beaucoup au concept de légitimité, il n'est pas inexact d'affirmer que la réciproque est également vraie. C'est en effet confrontés à des problématiques liées à la franchise que les magistrats ont eu l'occasion de préciser le sens et l'intérêt de cette notion (a).

a. Le rôle majeur du contrat de franchise dans l'émergence du concept de légitimité des clauses restrictives de concurrence

318. **Arrêt Godissart.** Il est de tradition d'enseigner que c'est à la chambre sociale de la Cour de cassation que l'on doit l'émergence du concept de légitimité en droit commun⁶⁵³. Il a déjà brillamment été démontré que ce revirement était en germe dans les esprits, tant en doctrine qu'en jurisprudence, dès le début de la seconde moitié du XXe siècle⁶⁵⁴. Le Doyen André Decocq écrivait ainsi dès 1957 que « *ce qui justifie la licéité des conventions de non-concurrence, c'est leur cause ; la liberté de l'homme ne peut être aliénée qu'au profit d'un tiers qui y a un intérêt légitime* »⁶⁵⁵, tandis que Gérard Lyon-Caen croyait percevoir en 1963, dans le domaine du droit social, un « *glissement des juges [...] vers le terrain [...] de l'appréciation des intérêts légitimes de l'employeur* »⁶⁵⁶. On trouve évoquée l'expression même d'intérêt légitime dans diverses décisions de la Cour de cassation, dès les années 1970, bien que le concept soit alors davantage utilisé pour

653 Cass. Soc., 14 mai 1992, Godissart c/ Souhliol : *Bull. civ.* V, n° 309, D., 1992, jur., p. 350, note Serra, JCP G, 1992, II, 21889, note Amiel-Donat.

654 En ce sens, v. Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000, n° 355 et s.

655 A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse : Paris, 1957, n° 130.

656 G. Lyon-Caen, « Les clauses restrictives de la liberté du travail (Clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage) », *Dr. soc.*, 1963, p. 88, n° 18.

renforcer la validité de certaines clauses que pour invalider celles qui ne respecteraient pas cette exigence⁶⁵⁷. Ce pas fut franchi par le célèbre arrêt Godissart du 14 mai 1992⁶⁵⁸ lequel affirme sans ambiguïté que l'engagement de non-concurrence postcontractuel d'un salarié n'est licite que dans la mesure où il apparaît indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. On estime traditionnellement que cette décision de la chambre sociale a ultérieurement été généralisée pour s'appliquer, notamment, à la matière commerciale⁶⁵⁹. Il est vrai que l'initiative de la chambre sociale n'a pas tardé à être confortée par la jurisprudence des autres chambres de la haute juridiction⁶⁶⁰.

319. Rôle majeur du contrat de franchise dans l'essor du critère de légitimité.

Toutefois, la portée de ce revirement doit certainement être minorée en matière de contrat de franchise. Il semble que l'année 1992 ne marque nullement une césure dans l'appréciation jurisprudentielle des clauses de non-concurrence. L'introduction de l'exigence de légitimité apparaît en effet moins nettement dans la jurisprudence relative au contrat de franchise que dans d'autres matières. Cette notion, connue de la jurisprudence en ce domaine par le biais du droit européen, était déjà utilisée bien avant sa (re)découverte par la chambre sociale. C'est ainsi que l'on trouve sans peine de nombreux arrêts, antérieurs au revirement de la chambre sociale, qui examinent déjà la validité des clauses de non-concurrence à la lumière de l'intérêt légitime du franchiseur⁶⁶¹. Il n'est cependant pas toujours aisé de distinguer dans la motivation des juges du fond quels critères découlent des exigences internes et européennes. Ainsi, en 1990, la Cour d'appel de Bordeaux n'hésite pas à affirmer qu'une clause de non-concurrence « est valable en droit interne et communautaire dès lors que, inhérente au système du franchisage [...] elle est justifiée par un intérêt légitime »⁶⁶². De nombreuses autres décisions étudient la légitimité de la clause sans nécessairement se référer au droit européen⁶⁶³.

657 En ce sens, relevant que la clause répond à un intérêt légitime pour en asseoir la validité v. Cass. Soc., 4 mars 1970 : *Bull. civ. V*, n° 155 et Cass. Com., 18 décembre 1979, Montagna c/ Christian Dior, n° 78-11.393 : *Bull. civ. IV*, n° 340. D'autres décisions postérieures décident cependant avec fermeté que la légitimité des intérêts protégés par le créancier de non-concurrence n'est pas une condition de validité de l'engagement (Cass. Soc., 13 octobre 1988 : *Bull. civ. V*, n° 494, *D.*, 1989, jur., p. 122, note Serra, *D.*, 1989, somm., p. 165, obs. Fieschi-Vivet, *JCP E*, 1989, II, 15474, note Amiel-Donat).

658 Cass. Soc., 14 mai 1992, Godissart c/ Soulhiol : *Bull. civ. V*, n° 309, *D.*, 1992, jur., p. 350, note Serra, *JCP G*, 1992, II, 21889, note Amiel-Donat.

659 En ce sens, Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 103 : « il s'agit d'un standard, d'abord mis en œuvre par la chambre sociale de la Cour de cassation pour apprécier la validité de la clause de non-concurrence accessoire à un contrat de travail, puis cette exigence a été retenue par la chambre commerciale ».

660 En 1995, la Cour de cassation affirme nettement qu'un franchiseur n'est valablement tenu par une clause de non-concurrence que si celle-ci « est destinée à protéger les intérêts légitimes du franchiseur » (Cass. Com., 14 novembre 1995, n° 93-16.299, *D.*, 1997, somm., p. 59, obs. D. Ferrier).

661 Pour une illustration assez ancienne, v. C.A. Paris, 30 avril 1987, Cormier c/ SA Natalys, *JurisData* n° 1987-025107. La Cour d'appel de Paris se fonde de façon très claire sur le droit européen pour examiner la légitimité de la clause.

662 C.A. Bordeaux, 4 juillet 1990, Sabadie c/ SARL L'onglerie, *JurisData* n° 1990-047177.

663 On trouve de nombreux arrêts qui appliquent ainsi les critères du règlement européen, sans toutefois le mentionner explicitement, ni d'ailleurs vérifier que ses conditions d'application sont remplies, si bien qu'il s'agit d'une véritable réception implicite.

On a donc très certainement mésestimé l'influence du droit européen et du contrat de franchise sur l'essor du critère de légitimité en droit commun⁶⁶⁴. L'intérêt légitime existait peut-être déjà en tant que condition de validité de la clause de non-concurrence en droit commun dès avant 1994. On estime toujours que c'est la jurisprudence de la chambre sociale qui a influencé la matière commerciale : la vérité est sans doute plus complexe.

b. Le rôle majeur du concept de légitimité dans l'appréciation de la validité des clauses restrictives de concurrence dans le contrat de franchise

320. Si le contrat de franchise peut donc, à certains égards apparaître comme l'un des berceaux de l'exigence de légitimité des engagements restrictifs de concurrence, c'est certainement, car ce critère présente une particulière acuité en la matière. Cette étude a déjà permis de s'interroger longuement sur l'objet des clauses restrictives de concurrence postcontractuelles. Il nous a semblé que seul l'intérêt du réseau, et donc le savoir-faire, étaient susceptibles de constituer des justifications plausibles de la clause de non-concurrence⁶⁶⁵. Si ce premier temps du raisonnement a déjà pu paraître laborieux, l'examen des engagements restrictifs de concurrence nous amène nécessairement à une seconde interrogation : la protection de cet intérêt, ainsi identifié, par le biais d'une clause restrictive de concurrence est-elle légitime ? La jurisprudence adopte actuellement, formellement au moins, une appréciation cas par cas. Il conviendra en effet de se demander si le savoir-faire du franchiseur est suffisamment sérieux et innovant pour légitimer une clause restrictive de concurrence. On perçoit cependant très facilement les difficultés pratiques et techniques d'une telle appréciation. Dès lors, à moins de recourir à une expertise, les magistrats sont souvent contraints de réaliser un contrôle a minima de l'importance du savoir-faire, situation que Maître Hubert Bensoussan résume et dénonce en cette formule : « *un grain de mauvaise foi du franchisé*⁶⁶⁶, *un effort sérieux du franchiseur : le savoir-faire est validé* »⁶⁶⁷.

En ce sens, v. C.A. Paris, 4 mars 1991, Nedelec c/ SNC Athlete's Foot, JurisData n° 1991-021270 : « *Considérant que l'appelant conteste la validité de cette clause en soutenant qu'elle est injustifiée et abusive ; Mais considérant que le franchiseur justifie d'un intérêt légitime à ce que son ancien franchisé ne lui fasse pas concurrence après avoir bénéficié de ses prestations* ». Egalement, C.A. Paris, 22 septembre 1992, Marie c/ Sté Athlete's Foot France, JurisData n° 1992-022775.

664 Jacqueline Amiel-Donat estime toutefois que le revirement de la chambre sociale peut apparaître comme une mise en conformité du droit commun avec la position adoptée par les autorités communautaires, notamment en matière de franchise (J. Amiel-Donat, note sous Cass. Soc., 14 mai 1992, *JCP G*, 1992, II, 21889).

665 V. supra, n° 258.

666 Dans la plupart des cas, celui-ci n'émettra des doutes sur la pertinence du savoir-faire qu'au moment du débat sur la validité de la clause, c'est-à-dire généralement après avoir exécuté le contrat sans ciller pendant plusieurs mois, voire années.

667 H. Bensoussan, « Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ? », in Dissaux et Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, L'Harmattan, 2009, p. 156.

321. Or, un contrôle a minima du savoir-faire n'a que peu d'intérêt au regard de la validité des restrictions contractuelles de concurrence. Que le savoir-faire existe et soit relativement substantiel est une condition de l'existence même d'un contrat de franchise. C'est donc un leurre que d'en faire l'une des conditions de validité des clauses restrictives de concurrence. Si le contrôle de légitimité peut se satisfaire d'un examen a minima de la consistance du savoir-faire, la légitimité d'une clause de non-concurrence découle nécessairement et automatiquement de l'existence d'un contrat de franchise. Ceci revient en somme à présumer comme remplie la condition de légitimité de l'engagement de non-concurrence en matière de franchise⁶⁶⁸. Présomption certes simple, le franchisé ayant toujours le loisir de démontrer le peu de sérieux du savoir-faire pour contester la validité de la clause. Mais, du même coup, c'est la validité même du contrat de franchise qu'il contestera – implicitement ou explicitement. Une conclusion s'imposerait : une clause de non-concurrence est, par hypothèse, toujours légitime dans un contrat de franchise...

322. **Nécessité d'une étude approfondie de la consistance du savoir-faire.** Par conséquent, contrôler la consistance du savoir-faire a minima revient, de fait, à renier l'une des conditions (voire la condition fondamentale⁶⁶⁹) nécessaires à la validité des engagements restrictifs de concurrence. Il n'est pas défendu d'aspirer à davantage de nuances. La gradation dans la valeur des savoir-faire devrait pouvoir trouver un écho sur le terrain de l'appréciation de la validité des clauses de non-concurrence. Un savoir-faire peut parfaitement être secret, substantiel, et identifié – et par conséquent servir d'objet à un contrat de franchise parfaitement valable – sans pour autant nécessiter une protection allant jusqu'à un engagement de non-concurrence postcontractuel de la part du franchisé. Le savoir-faire des enseignes de grande distribution alimentaire existe bel et bien : il n'y a qu'à observer, pour s'en convaincre, la quasi-impossibilité d'un commerçant isolé à survivre dans ce secteur d'activité. En revanche, ce savoir-faire suffit-il automatiquement à légitimer une clause restrictive de concurrence ? Cela nous paraît fort discutable. La question mérite une investigation casuistique approfondie,

668 Ce raisonnement transparait déjà de la rédaction de certains pourvois. Contestant l'arrêt d'une Cour d'appel ayant annulé un engagement restrictif de concurrence, un franchiseur s'étonne : « *pour annuler la clause litigieuse [...] la cour a retenu que seule la protection d'un savoir-faire substantiel ou la protection d'un réseau était constitutive d'un intérêt légitime à protéger, justifiant une restriction apportée à la concurrence, et qu'en l'espèce la société PRODIM n'apportait pas la preuve de l'apport aux époux X... d'un tel savoir-faire substantiel, propre et secret justifiant la protection d'une clause de « non-concurrence » ; que cependant la transmission d'un savoir-faire original entre dans la définition même du contrat de franchise, dont il constitue l'objet* » (Cass. Com., 28 septembre 2010, Société Carrefour proximité France c/ M. Batar & Mme Villemer, n° 09-13.888, *JCP E*, 2010, n° 43, p. 34, note Dissaux., *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 12, p. 17, note Malaurie-Vignal, *RLDA*, 2010, n° 55, p. 53, note Anadon, *JCP E*, 2010, n° 51, p. 34, note Raynard, *Concurrences*, 2011, n° 1, p. 117, note Ferrier, *RDC*, 2011, n° 1, p. 187, note Behar-Touchais, *D.*, 2011, p. 2961, note Picod).

La doctrine elle-même paraît parfois reprendre ce type de raisonnement : « *la transmission du savoir-faire, condition de validité du contrat de franchise est donc également une condition de validité des clauses de non-concurrence* » (F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 726).

669 En ce sens, v. Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000.

qui dépasse très largement les pouvoirs du juge et à laquelle la jurisprudence ne se livre en vérité qu'en façade.

323. En définitive, les termes du problème nous paraissent mal posés. La question n'est pas tant de savoir s'il existe un savoir-faire transmis au franchisé et si celui-ci est relativement consistant. Cette interrogation ressort du domaine de la validité du contrat de franchise, non de celle d'un engagement restrictif de concurrence. La véritable question est de savoir si, en l'absence de clause restrictive de concurrence, le péril pour le réseau serait suffisamment grand pour rendre intolérable la poursuite de l'activité du franchisé. Bien évidemment, la réponse à la première question peut être affirmative, sans que la réponse à la seconde ne le soit nécessairement. La Cour d'appel de Rennes avait fait sienne cette approche dans un arrêt du 31 mars 1993. Dans un arrêt à la motivation exemplaire, les magistrats rennais constataient que « *le franchiseur, qui n'est pas un fournisseur, n'est pas, au cas de résiliation de la franchise, spécialement affecté par la concurrence du fonds de commerce, préexistant à la franchise, qui exploite, après résiliation, une enseigne distincte et n'exploite ainsi aucunement la clientèle attachée à l'enseigne de ce franchiseur, de sorte que la clause litigieuse procure un avantage anormal, en ce que cet avantage n'est pas lié à la protection de la clientèle⁶⁷⁰ attachée à l'enseigne et aux services du franchiseur ; qu'elle n'apparaît pas ainsi être [...] une clause destinée à protéger les intérêts légitimes du franchiseur* »⁶⁷¹. Il est clair que si ce type d'appréciation devait être généralisée, peu de clauses restrictives de concurrence survivraient.

2. Le contrôle de l'opportunité par le truchement de la notion de nécessité en droit de la concurrence

324. Selon une approche des plus classiques, il sera d'abord traité du contrôle de l'opportunité des clauses de non-concurrence en droit interne **(a)**, avant de s'intéresser au droit européen **(b)**.

a. Le contrôle d'opportunité en droit interne de la concurrence

325. Le droit de la concurrence a intégré l'analyse des restrictions de concurrence en terme d'opportunité bien avant le droit des contrats. On trouve ainsi dès 1977 de nettes références à cette notion⁶⁷². Les décisions sont cependant relativement rares dans le domaine spécifique de la franchise. À dire vrai, l'exigence de légitimité de la clause de non-concurrence semble relativement peu développée en matière de droit interne de la concurrence. Les instances nationales semblent volontiers adopter une démarche pragmatique, proche de la règle de raison pour apprécier l'opportunité de telle ou telle restriction. Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu estimer que « *les clauses de*

670 Le terme de clientèle nous paraît toutefois impropre. Il n'a pas, en tout cas, la signification que nous lui avons assignée dans le cadre de cette étude (sur cette question, v. n° 232 et s.).

671 C.A. Rennes, 31 mars 1993, EURL Super du Bocage c/ SNC CMER et SA Franchise comptoirs modernes, JurisData n° 1993-048481. Décision rendue, il est vrai, en matière de référés, ce qui en atténue nécessairement la portée, l'intérêt légitime pouvant être réel sans toutefois être évident...

672 Commission technique des ententes et des positions dominantes, 30 septembre 2007, Canalisations d'eau : B.O.S.P., 1977, p. 355.

non-affiliation ou de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité »⁶⁷³. La formule est récurrente dans les décisions du conseil⁶⁷⁴. Il ressort de cette motivation que, si le Conseil de la concurrence n'est pas étranger à tout contrôle de la légitimité de l'engagement restrictif de concurrence, cette analyse est toutefois une analyse économique globale. On en revient à une approche similaire à celle du droit des contrats – voire plus laxiste encore – qui équivaut, de fait, dans le domaine de la franchise, à une présomption simple de légitimité de la clause.

b. Le contrôle d'opportunité en droit européen de la concurrence

326. Le droit européen a intégré très tôt un contrôle d'opportunité des clauses restrictives de concurrence postcontractuelles. À l'instar du droit commun national, cette exigence est née, fort logiquement, en matière de cession d'entreprises. Dès 1976, la Commission des communautés européennes développait le raisonnement selon lequel « *pour décider si l'obligation de non-concurrence est visée par les dispositions de l'article 85, § 1er, il convient, en principe, d'établir si elle est absolument indispensable – et le cas échéant dans quelle mesure – pour garantir les valeurs cédées, ou si elle va au-delà des restrictions nécessaires à cet effet* »⁶⁷⁵. Alors que les instances européennes reprendront à diverses reprises cette solution en matière de cession d'entreprise⁶⁷⁶, le raisonnement sera transféré au domaine de la franchise en 1986 avec le célèbre arrêt Pronuptia⁶⁷⁷. Après avoir reconnu la validité de principe du mécanisme de la franchise, la Cour estime que « *le franchiseur doit pouvoir communiquer aux franchisés son savoir-faire et leur apporter l'assistance voulue pour les mettre en mesure d'appliquer ses méthodes, sans risquer que ce savoir-faire et cette assistance profitent, ne serait-ce qu'indirectement, à des concurrents. Il en résulte que les clauses qui sont indispensables pour prévenir ce risque ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1. Il en va ainsi de l'interdiction faite au franchisé d'ouvrir, pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l'expiration de celui-ci, un magasin ayant un objet identique ou similaire, dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau* »⁶⁷⁸. L'appréciation des instances européennes se veut ainsi circonstanciée et relativement sévère dans la mesure où la restriction n'est jugée conforme que si elle s'avère « indispensable » à la protection du savoir-faire du franchiseur.

673 Cons. conc., 28 mai 1996, Sté Groupe Zannier, n° 96-D-36, JurisData n° 1996-642616.

674 L'expression est reprise à l'identique dans une décision du 24 juin 1997 (Cons. conc., 24 juin 1997, Sté Hypromat France, n° 97-D-51).

675 Comm. CE, 26 juillet 1976, Reuter/BASF, n° IV/28.996 : JOCE, n° L 254 du 17/09/1976, p. 40.

676 Dans l'intervalle, v. Comm. CE, 12 décembre 1983, Nutricia c/ de Rooij & Nutricia c/ Zuid-Hollandse Conservefabriek, n° IV/30.389 : JOCE n° L 376 du 31/12/1983 p. 22 ; Comm. CE, 19 juillet 1984, BPCL c/ ICI, n° IV/30.863 : JOCE, n° L 212 du 08/08/1984, p. 1, communiqué IP/02/916 et Comm. CE, 12 décembre 1984, Mecaniver-PPG, n° COMP/M.1464 : JOCE, n° L 035 du 07/02/1985, p. 54.

677 CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84.

678 Ibid.

327. Caractère indispensable à la protection du savoir-faire. Toutefois, une certaine ambiguïté pouvait découler de la rédaction du règlement du 30 novembre 1988, lequel validait les restrictions postcontractuelles de concurrence à la condition qu'elles soient « *nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé* »⁶⁷⁹. Bien évidemment, un tel critère s'avérait plus large que celui retenu dans la décision Pronuptia. L'objet de la protection était élargi de la protection du seul savoir-faire à celle du savoir-faire et de l'identité commune et de la réputation du réseau. L'intensité du contrôle était quant à elle diminuée, la restriction ne devant plus s'avérer « indispensable », mais seulement « nécessaire ». Une modification a été apportée avec le règlement du 22 décembre 1999 et entérinée par celui du 20 avril 2010. Peuvent désormais bénéficier de l'exemption les clauses qui introduisent une restriction de concurrence à condition que l'obligation soit « *indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur* »⁶⁸⁰. Nous y avons vu la confirmation de ce que seule la protection du savoir-faire est susceptible de fonder l'existence d'une restriction postcontractuelle de concurrence⁶⁸¹.

* * * * *

328. Plus encore, il est frappant de constater que le caractère indispensable vient, en droit de la concurrence, supplanter l'exigence contractuelle de légitimité. Il est manifeste que l'objectif poursuivi est similaire et vise un contrôle d'opportunité de la clause. Une harmonisation entre le droit de la concurrence et le droit des contrats ne serait toutefois pas inutile. Supplanter l'exigence de légitimité par un contrôle du caractère indispensable de la clause pourrait sans doute permettre d'inciter les juridictions du fond à un contrôle plus approfondi de la consistance du savoir-faire et de l'adéquation de celui-ci avec la restriction de concurrence imposée. En pratique, l'harmonisation sur le critère le plus exigeant apparaît mécanique, la plupart des réseaux de franchise se voyant appliquer tant le droit commun que le droit de la concurrence national et communautaire⁶⁸².

679 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise

680 Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 5, b et Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de franchise, art. 3§1, c.

681 V. supra, n° 258.

682 Une telle harmonisation de fait est par exemple entrain de se produire dans le domaine de la limitation temporelle de la clause, l'immense majorité des contrats s'alignant sur les exigences européennes, bien que le droit commun soit susceptible d'admettre une durée plus importante. Sur cette question, v. n° 331 et s.

B. Le contrôle de l'équilibre de l'engagement restrictif de concurrence

329. Le contrôle de l'équilibre des obligations mises à la charge du franchisé pose le problème à la fois de la limitation de l'engagement de non-concurrence afin de préserver a minima la liberté du franchisé (1), mais également celui plus délicat du contrôle de la proportionnalité de l'engagement (2).

1. La nécessaire préservation de la liberté du débiteur

330. La question de la limitation, dans le temps, l'espace (a) et quant à l'activité (b) de l'obligation de non-concurrence n'est pas sans lien avec la notion de proportionnalité. Sans doute pourrait-on affirmer qu'un engagement qui ne serait pas limité au regard de ces trois critères serait manifestement disproportionné, quels que soient les intérêts protégés par le franchiseur. C'est donc une forme de présomption irréfragable de disproportion qui pèserait sur un engagement illimité ou perpétuel.

a. L'exigence de limitations spatio-temporelles

331. **Limitations cumulatives ou alternatives ?** Très tôt, la Cour de cassation a posé l'exigence de limitations de la clause de non-concurrence, affirmant que « *la liberté du travail et du commerce peut être valablement restreinte par les conventions des parties pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu ; que la restriction demeure licite lorsqu'elle est perpétuelle, mais limitée à un endroit déterminé* »⁶⁸³. L'exigence de limitation temporelle apparaissait donc à l'origine comme alternative avec la limitation spatiale de la clause⁶⁸⁴. La jurisprudence et la doctrine contemporaines semblent peu à peu s'éloigner de cette conception pour favoriser une vision cumulative des deux limitations. Pour certains, la jurisprudence « affirme que l'engagement de non-concurrence doit être justifié, limité dans le temps et dans l'espace »⁶⁸⁵. Hormis en matière sociale, peu de décisions cependant sont aussi catégoriques, bien que la Cour de cassation ait pu récemment affirmer que « *la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace* »⁶⁸⁶. En vérité, ce type

683 Cass. Civ., 28 mars 1928, DP, 1930, 2, p. 145, note Pic. Dans le même sens, Cass. Com., 18 décembre 1979, Montagna c/ Christian Dior, n° 78-11.393 : *Bull. civ.* IV, n° 340 ; Cass. Com., 30 octobre 1989, n° 88-16.804 : *Bull. civ.* IV, n° 260, *D.*, 1992, somm., p. 332, obs. Serra.

684 En ce sens, v. Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 108.

685 M. Behar-Touchais, « Le franchisé a droit à une indemnisation en cas de rupture du contrat imputable au franchiseur quand le contrat stipule une clause de non-concurrence », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RDC*, 2008, 22, p. 410.

686 Cass. Com., 24 novembre 2009, FLJ c/ Casino France, n° 08-17.650 : Inédit, *Contrats, conc., consom.*, 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal, *JCP E*, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Concurrences*, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier, *Rev. Lamy. conc.*, 2010, n° 23, p. 39, note Riéra.

de motivation, certes ambiguë, sert davantage à la Cour de cassation pour asseoir la validité de clauses qui, en l'espèce, comportent les deux limitations. Il n'existe, en revanche, à notre connaissance, aucun arrêt annulant en engagement au motif qu'il ne comporterait que l'une des deux limitations. Certains relèvent cependant qu'une clause qui ne comporterait aucune limitation temporelle contreviendrait probablement à la prohibition des engagements perpétuels⁶⁸⁷. Le législateur lui-même est plus enclin à favoriser une conception cumulative des limitations⁶⁸⁸. En vérité, la pratique dans un légitime souci de sécurité juridique ne s'embarrasse pas de ces considérations et limite quasi systématiquement la durée des engagements de non-concurrence ; ceci expliquant aussi sans doute pourquoi la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de trancher récemment ce débat. Finalement, l'erreur de droit, ou à tout le moins l'incertitude juridique, deviennent créatrices de droit⁶⁸⁹.

332. Généralisation d'une durée d'un an. Un phénomène similaire d'alignement par le haut des exigences de validité des clauses de non-concurrence est encore observable en ce qui concerne l'étendue des limitations. La jurisprudence interne ne fixe aucun seuil et se contente d'apprécier la durée de l'obligation de non-concurrence à la lumière du critère de proportionnalité. Si l'absence de limitation de la clause fait peser une présomption irréfragable de disproportion, entraînant sa nullité, l'existence d'une limitation emporte en quelque sorte présomption de proportionnalité ; présomption qui n'est que simple et qui tombera en cas de preuve de la disproportion entre la durée assignée à l'obligation de non-concurrence et les intérêts légitimes du créancier. La durée de l'obligation de non-concurrence serait donc susceptible de varier en fonction de l'intensité du savoir-faire protégé. Comme le constate avec un certain désarroi le Professeur Philippe Le Tourneau, « *cette savante construction est en passe de perdre de son importance, du fait du droit de la concurrence d'origine communautaire* »⁶⁹⁰.

333. Les règlements d'exemption européens ont en effet une forte capacité d'attraction et tendent à supplanter les exigences du droit commun en matière de franchise. Ainsi, de la même manière que pour le caractère cumulatif des limitations, les rédacteurs de contrats ont inévitablement tendance à s'aligner sur l'exigence la plus forte, afin d'assurer l'efficacité juridique de leurs actes. Dès lors, que le droit de l'union leur soit ou non applicable, l'immense majorité des engagements de non-concurrence sera

687 N. Dissaux, « Clause de non-concurrence », Fascicule n° 256, *in J.-Cl. Commercial*, 2010, n° 41.

Certains voient au contraire dans le régime de la clause de non-concurrence une règle dérogatoire à la prohibition de l'article 1780 et affirment que « *la clause de non-concurrence perpétuelle n'est pas forcément nulle* » (I. Pétel-Teyssié, « Louage d'ouvrage et d'industrie – Contrat de travail : généralités. Prohibition de l'engagement perpétuel », Fascicule n° 1780, *in J.-Cl. Civil Code*, 2008, n° 18).

688 Ainsi, l'article L. 134-14 du Code de commerce impose une limitation cumulative en ce qui concerne les agents commerciaux.

689 Nous paraphrasons ainsi l'élégante formule de Nicolas Dissaux (N. Dissaux, « Clause de non-concurrence », Fascicule n° 256, *in J.-Cl. Commercial*, 2010, n° 27).

690 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 688.

limité à un an en matière de contrat de franchise⁶⁹¹. De façon plus contestable, la Cour de cassation elle-même peine à résister à la force d'attraction du droit européen, qu'elle applique parfois de façon fort laxiste, sans toujours vérifier que l'accord en cause relève bien de son champ d'application⁶⁹². D'un point de vue juridique, un tel alignement est évidemment éminemment contestable⁶⁹³, d'autant plus que telle n'était manifestement pas la volonté des rédacteurs du règlement d'exemption⁶⁹⁴.

334. Pour autant, d'un point de vue tant économique que pratique, cette convergence apparaît aussi inéluctable que nécessaire. Elle ne se justifie, sous l'angle théorique, que dans la mesure où l'on distingue protection du marché et protection des concurrents, les relations entre ces derniers étant encadrées par le droit des contrats, tandis que les intérêts du premier seraient sauvegardés par le « grand » droit de la concurrence. Une telle approche est aujourd'hui remise en cause par la doctrine moderne, qui admet généralement que ce qui préserve l'équilibre des relations entre concurrents préserve corrélativement celui du marché.

b. L'exigence d'une limitation quant à l'activité

335. Là encore, droit interne des contrats et droit européen de la concurrence semblent se rejoindre, le second englobant peu à peu le premier. En droit des contrats, la doctrine admet traditionnellement que la première des exigences de limitation n'est autre que celle quant à l'activité exercée⁶⁹⁵. Il s'agit là de l'exigence minimale de protection de la liberté du débiteur qui conserve à tout le moins la faculté de se reconvertir. En matière de contrat de franchise, le droit européen connaît une exigence similaire, quoique formulée de façon différente. Une exigence similaire se retrouve en effet dès la définition que donne le règlement d'exemption des clauses restrictives de concurrence. Le texte européen vise « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services »⁶⁹⁶ et restreint le bénéfice de l'exemption aux seules clauses pour lesquelles

691 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 5§3, d.

692 Pour une illustration de cette dérive, v. Cass. Com., 9 juin 2009, Sté Perrosdis c/ Sté Casino Distribution France, n° 08-14.301, *LPA*, 2010, n° 2, p. 11, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 221, note Malaurie-Vignal ou encore C.A. Paris, 4 mars 1991, D., 1991, inf. rap., p. 103.

693 En ce sens, Y. Marot, note sous C.A. Paris, 6 juillet 1995, *LPA*, 1996, 9191.

694 Le règlement de 1999, appliqué en l'espèce par la Cour de cassation, dispose que « la présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 », lequel article stipule que « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ».

695 En ce sens, v. Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence (De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise) », *D.*, 1987, chron., p. 113 et s. ou Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 107.

696 Règlement (UE) n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées Article 5-3

cette obligation « *concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels* »⁶⁹⁷. L'exigence est en vérité fort logique si l'on considère que la clause de non-concurrence a pour seul but la protection du savoir-faire.

2. La nécessaire proportionnalité de l'engagement

336. La vérification de la proportionnalité de l'engagement de non-concurrence semble subir une mutation qui, quoique subtile, pourrait avoir d'importantes conséquences pratiques. Ainsi, il est traditionnellement question de vérifier que les différentes limites assignées à l'obligation de non-concurrence sont celles strictement nécessaires à la préservation des intérêts légitimes du créancier (a). Une telle approche, que l'on pourrait qualifier d'objective, ne prend toutefois pas en compte les répercussions de cette obligation sur le débiteur. Aussi, serait-il peut-être plus juste de vérifier la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts du débiteur au regard de ceux protégés par le créancier (b).

a. L'approche classique : la proportionnalité de l'étendue de l'interdiction de concurrence aux intérêts protégés par le créancier

337. Traditionnellement connue du droit de la concurrence⁶⁹⁸, l'exigence de proportionnalité de la clause de non-concurrence paraît découler, en droit des contrats, de la notion de cause subjective⁶⁹⁹. Suivant l'idée que « *la volonté ne doit être libre que dans la mesure où elle poursuit une fin sociale* »⁷⁰⁰, la liberté de stipuler une clause restrictive de concurrence cède le pas dès que celle-ci n'est pas proportionnée aux intérêts légitimes poursuivis par le créancier. Il s'agit donc de mettre en balance la protection des intérêts du créancier et l'atteinte corrélative à ceux du débiteur. En matière de contrat de

697 Ibid.

698 La jurisprudence communautaire affirmait ce principe dès 1985 (CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84). En droit interne des pratiques anticoncurrentielles, cette exigence a été posée par un arrêt Cass. Com., 4 mai 1993, SA Rocamat c/ SA Sogepierre, n° 91-17.937 : *Bull. civ. IV*, n° 172, *JCP G*, 1993, II, 22111, note Boutard-Labarde, *D.*, 1994, somm., p. 220, obs. Serra.

699 En ce sens, V. Y. Auguet, « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », note sous Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, *Dr. et patr.*, 2001, 9191, p. 33 et s. L'auteur estime que « *La cause ne s'entend plus seulement de la causa proxima, la contrepartie dans les contrats synallagmatiques, mais les causae remotae y sont incluses. [...] La convention restrictive de concurrence sera licite si, en plus d'une contrepartie à l'obligation du débiteur [...], la fin poursuivie par le créancier de non-concurrence n'est pas illicite* ». Dans le même sens, v. D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, *Defrénois*, 1999, art. 37041. Cependant, on ne peut nier que l'idée de cause contrepartie n'est pas totalement absente du contrôle de proportionnalité, lequel vise avant tout la sauvegarde d'intérêts individuels. Certains préféreront le vocable de cause objective « subjectivée », selon le processus bien connu, initié par l'arrêt Chronopost ainsi que le non moins célèbre arrêt « Point club vidéo » (en ce sens F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 342 ; J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost », note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *JCP G*, 1998, I, 152 ; J. Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, 2000, chron., p. 382).

700 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations : l'acte juridique*, 15e éd., Tome 1, Sirey, 2012, n° 265.

franchise, la question peut donc être résumée en ces termes : l'intensité de la clause de non-concurrence est-elle proportionnée à l'intensité de la protection nécessitée par le savoir-faire du franchiseur ? Là où le critère d'opportunité pose la question de savoir si l'existence de la clause est strictement nécessaire à la protection des intérêts du franchiseur, le critère de proportionnalité pose la question de savoir si l'intensité de la clause est strictement ajustée à la protection de ces mêmes intérêts.

338. Inutilité du contrôle de proportionnalité des limitations spatiales et temporelles. L'intérêt évident d'un tel critère est d'ajuster au mieux les limitations de la clause à ce qui est justifié par la protection du savoir-faire du franchiseur : l'intérêt légitime « sert de mesure à la dimension de l'obligation »⁷⁰¹. Le critère de proportionnalité permet ainsi de contrecarrer le caractère quelque peu formaliste et artificiel de l'exigence de limitations de la clause. Toutefois, l'intérêt d'une telle analyse nous paraît moindre en matière de contrat de franchise qu'en d'autres matières. Nous avons en effet tenté de démontrer que l'attractivité du droit communautaire tendait progressivement à aligner par le haut les exigences de limitations, si bien que la majorité des clauses de non-concurrence sont, de fait, limitées aux locaux objet de la franchise et à une durée d'un an⁷⁰². Or, il est relativement difficile de concevoir une clause de non-concurrence dont les limitations seraient plus étroites encore. Cela apparaît impossible en matière de limitation spatiale (quelle limitation dans l'espace plus restrictive que les seuls locaux objet de la franchise ?) et quelque peu artificiel en matière de limitation temporelle (peut-on raisonnablement imaginer une clause de non-concurrence dont les effets seraient limités à quelques mois ?). Aussi, le critère de proportionnalité apparaît pris en tenaille entre d'un côté une exigence de limitation particulièrement forte et bien assimilée par la pratique et de l'autre le contrôle de l'opportunité de la clause. Car, il faut bien admettre en effet que si une clause ainsi limitée apparaissait disproportionnée à la protection des intérêts légitimes du franchiseur, c'est probablement au-delà sa nécessité même qui devrait être discutée. Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater que les règlements européens d'exemptions ne connaissent pas, à proprement parler, de critère de proportionnalité⁷⁰³, mais se satisfont au contraire d'une présomption irréfragable de proportionnalité des clauses indispensables et limitées⁷⁰⁴.

701 M. Gomy, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Presses universitaires de Perpignan, 1999, n° 262.

702 V. supra, n° 332.

703 Bien évidemment, même si le terme n'apparaît pas explicitement dans le règlement, l'idée est bel et bien présente dans la mesure où l'interdiction doit être ajustée à ce qui est strictement indispensable à la protection des intérêts du franchiseur. En outre, la jurisprudence européenne a, de longue date, consacré l'idée d'un ajustement des limites de la clause aux intérêts protégés (v. notamment Comm. CE, 26 juillet 1976, Reuter/BASE, n° IV/28.996 : JOCE, n° L 254 du 17/09/1976, p. 40).

704 Une décision relativement ancienne avait d'ailleurs pu estimer que, dans l'hypothèse où une clause n'est pas conforme aux prescriptions du règlement d'exemption en matière de limitation spatio-temporelle, il convient simplement d'en réduire l'étendue conventionnellement prévue par les parties. Audacieuse et s'affranchissant quelque peu de la force obligatoire du contrat, une telle solution a toutefois le mérite de montrer la vigueur du concept de réfaction en matière commerciale (Y. Serra, « La clientèle », *Dr. et patr.*, 1996, doct., p. 64).

339. Comprise de la sorte, l'exigence de proportionnalité ne nous paraît devoir, de fait, être cantonnée aux situations ne ressortissant pas du champ d'application du droit européen et où, les parties sont donc – en théorie du moins – libres de définir l'étendue de la clause sans plafond imposé. Il nous semble toutefois possible d'avoir une compréhension légèrement différente de l'exigence de proportionnalité qui serait susceptible d'en restaurer l'utilité, y compris dans les situations où l'étendue de la clause est d'ores et déjà fixée de façon relativement restreinte.

b. Une approche renouvelée :
la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts du débiteur
par rapport aux intérêts protégés par le créancier ?

340. **Appréciation in concreto de la proportionnalité.** Il ne nous paraît pas impossible de considérer que la balance doit être faite non point entre les intérêts protégés par le créancier et l'intensité de la clause, mais entre les intérêts protégés par le créancier et ceux sacrifiés par le débiteur. Une telle analyse conduit à passer d'une appréciation *in abstracto* de la proportionnalité de la clause à une appréciation *in concreto*. La conception actuelle de la proportionnalité revient à se demander si l'étendue de la clause peut être jugée raisonnable compte tenu des éléments qu'elle entend protéger. En somme, il convient de se demander si le franchiseur a agi en « bon père de famille » en n'imposant pas à son franchisé une clause qui apparaîtrait démesurée au regard de ce qui est nécessaire. Une appréciation *in concreto* amènerait à s'interroger sur la proportionnalité des effets de cette clause au regard de la situation particulière du franchisé. Car, comme le remarque fort justement un auteur, l'acceptation actuelle du critère de proportionnalité conduit à admettre qu'« une obligation même strictement proportionnée aux intérêts du créancier peut placer le débiteur dans l'impossibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre »⁷⁰⁵. En matière de franchise, cela ne signifie ni plus ni moins qu'une clause de non-concurrence peut être proportionnée, bien que privant de fait le franchisé de son fonds de commerce, voire de la possibilité de toute continuation de son activité. Or, quelle qu'en soit l'intensité, la protection d'un savoir-faire est-elle de nature à justifier une atteinte au droit de propriété ? Ne pourrait-on pas, en pareil cas, considérer que l'atteinte aux intérêts du franchisé apparaît, de facto, disproportionnée au but poursuivi par le franchiseur ? Yves Serra soulevait déjà cette question en 1991 en d'autres termes : « il est possible de s'interroger sur la légitimité d'une clause de non-concurrence lorsque l'intérêt légitime de son créancier vient heurter un intérêt non moins légitime du débiteur de non-concurrence »⁷⁰⁶.

341. Ce raisonnement est celui de certains plaideurs qui ont directement sollicité la haute juridiction sur ce point de droit. Ainsi, un pourvoi ayant donné lieu à un arrêt récent défend l'idée selon laquelle « la cour, qui a déclaré valable la clause de

705 Y. Auguet, « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », note sous Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, *Dr. et patr.*, 2001, 9191, p. 33 et s.

706 Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 197. Selon nous, le critère de proportionnalité peut parfaitement servir à faire la balance entre ces deux « intérêts légitimes ».

*non-concurrence postcontractuelle [...], quand elle aboutissait purement et simplement à interdire à la société Perrosdis [franchisé] de se rétablir dans son fonds de commerce pendant un an, a violé l'article 1134 du Code civil »*⁷⁰⁷, une telle clause n'étant, par nature, pas proportionnée. Si l'arrêt d'appel est cassé par la Cour de cassation, il l'est principalement – et de façon fort contestable⁷⁰⁸ – sur le fondement du règlement européen, si bien qu'il est difficile d'affirmer que les hauts magistrats ont entendu valider ce raisonnement. D'autres décisions semblent plus clairement favorables à une conception pragmatique de l'exigence de proportionnalité qui ne servirait pas seulement de variable d'ajustement aux limitations spatio-temporelle, mais serait érigée en véritable arbitre des intérêts opposés du franchiseur et du franchisé.

342. Contrôle de l'équilibre entre protection du réseau et liberté d'entreprendre du franchisé. À cet égard, un arrêt du 12 mars 2002 s'avère particulièrement significatif. Pourtant, l'attendu de principe en est des plus sibyllins : « *ayant relevé que la clause de non-concurrence faisait interdiction à la société Nicolas de collaborer directement ou indirectement à un commerce de même nature sur le territoire de la Communauté européenne pendant une durée de deux ans, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée, a, abstraction faite du motif surabondant critiqué à la seconde branche, pu décider que cette clause n'était pas proportionnée à l'objet du contrat et prononcer son annulation »*⁷⁰⁹. En somme, la limitation de la clause n'emporte pas nécessairement sa proportionnalité. Il n'y a là rien de bien nouveau. Bien plus intéressante est en revanche la motivation des magistrats de la Cour d'appel de Toulouse dont la Cour de cassation valide le raisonnement. L'arrêt d'appel motive la nullité de la clause en ces termes « *il apparaît que cette clause n'est pas proportionnée à l'objet du contrat de franchise et ne satisfait pas l'équilibre à maintenir entre la protection de la clientèle du franchiseur et la liberté d'entreprendre [du franchisé] »*⁷¹⁰. Sont alors clairement identifiés les deux plateaux de la balance à l'aune de laquelle la proportionnalité d'une clause de non-concurrence doit être étudiée : intérêts du créancier d'un côté, intérêts du débiteur de l'autre.

343. La différence de cette approche avec celle que nous avons pu qualifier précédemment de classique peut, de prime abord, sembler assez artificielle. Car il est bien vrai que, derrière la proportionnalité des limitations spatio-temporelles, il ne se cache rien d'autre que la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts du franchisé. Il nous apparaît cependant que la nuance est plus que sémantique. Elle emporte, à notre avis, diverses conséquences d'importance. La plus évidente – qui a déjà été développée – est

707 Cass. Com., 9 juin 2009, Sté Perrosdis c/ Sté Casino Distribution France, n° 08-14.301, *LPA*, 2010, n° 2, p. 11, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 221, note Malaurie-Vignal.

708 En ce sens, v. N. Dissaux, « La validité d'une clause de non-concurrence au regard du droit communautaire », note sous Cass. Com., 9 juin 2009, *LPA*, 2010, 22, p. 11.

709 Cass. Com., 12 mars 2002, Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas, n° 99-14.762, *JurisData* n° 2002-013658 : Inédit.

710 C.A. Toulouse, 1er mars 1999, Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas, *JurisData* n° 1999-040352.

qu'une clause peut être limitée dans le temps et dans l'espace de façon proportionnée aux intérêts protégés sans pour autant que ses effets ne soient proportionnés à ces mêmes intérêts. Au-delà, une approche in concreto de la proportionnalité de la clause aboutit nécessairement à déplacer le moment d'appréciation de cette condition du moment de la conclusion de la clause, à celui de son exécution. Or, la Cour de cassation se montre traditionnellement sensible à cette approche qui impose par exemple de prendre en cause la durée des relations contractuelles dans l'examen de la proportionnalité⁷¹¹. Mais bien d'autres paramètres sont encore susceptibles d'affecter l'équilibre de la clause entre le moment de sa rédaction et celui de son éventuelle exécution. Pour Monsieur le Professeur Yvan Auguet, il peut s'agir tant de la prise de nouvelles fonctions pour un salarié, que de l'apparition de nouvelles technologies rendant désuet le savoir-faire en matière de franchise⁷¹². On pourrait y ajouter encore d'autres éléments susceptibles de modifier les conséquences de la clause du point de vue du franchisé : modification du marché, évolution des techniques de commercialisation, recentrage de l'activité du réseau, etc. Bien évidemment, si une telle appréciation gagne en précision et en justesse d'analyse, elle ne ménage pas plus la sécurité juridique que les principes classiques du droit des obligations⁷¹³. On objectera cependant que de tels raisonnements existent déjà au sein même du droit civil, notamment en matière de cautionnement⁷¹⁴. De là à dire que toute clause restrictive de concurrence privant le franchisé de son fonds de commerce est nécessairement disproportionnée au but poursuivi, il n'y a qu'un pas⁷¹⁵...

711 En ce sens, v. déjà Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, Guinot *c/* Villeneuve & Burel, n° 97-14.493, *Defrénois*, 1999, art. 37041, note Mazeaud, *Dr. et patr.*, 2001, n° 91, p. 33, note Auguet, *D.*, 1999, p. 385, *LPA*, 2000, n° 158, p. 4 et s. Ce type d'approche est encouragé par la doctrine depuis la fin des années 1990 : P. d'Harcourt, « Nouveau paramètre d'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence : la durée d'exécution du contrat ? », *JCP E*, 1996, panorama, p. 54.

712 Y. Auguet, « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », note sous Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, *Dr. et patr.*, 2001, 9191, p. 33 et s.

713 Il est en effet, par conséquent, impossible de savoir au moment de sa rédaction si une clause sera ou non proportionnée au moment de sa mise en œuvre. Par conséquent, la validité de l'acte dépend, non pas des conditions de sa formation, mais de celles de son exécution.

714 V. sur la question de la proportionnalité de l'engagement de la caution l'arrêt fondateur Cass. Com., 17 juin 1997, Macron *c/* Banque internationale pour l'Afrique occidentale et autres, n° 95-14.105, *JCP E*, 1997, II, 1007, *D.*, 1997, I.R., p. 165, *Gaz. Pal.*, 1998, n° 102-106, p. 84. Il semble toutefois qu'en la matière, la disproportion doive s'apprécier au moment de la conclusion du contrat. Néanmoins le Code de la consommation, s'il situe également l'appréciation de la disproportion au moment de la formation du contrat, réserve le cas d'un retour postérieur à meilleure fortune (articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation).

715 Pas que la Cour de cassation se refuse cependant pour l'instant à franchir. V. par exemple Cass. Com., 7 janvier 2004, Sté Pluri Publi *c/* Sté GPPA, n° 02-17.091, JurisData n° 2004-021757, *Contrats, conc. consom.*, 2004, comm. 77, note Malaurie-Vignal, *D.*, 2005, p. 152, obs. Ferrier où la Cour de cassation censure une Cour d'appel qui, pour annuler une clause de non-concurrence, relevait que celle-ci aboutissait « à une véritable interdiction de l'activité puisqu'il est désormais interdit au franchisé [...] d'employer certaines méthodes [...] indispensables à la poursuite [de son] activité et que leur interdiction ne peut que conduire à la disparition de l'entreprise ».

Dans le même sens, v. A. Riéra, « Validité des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de franchise », note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, *Rev. Lamy. conc.*, 2010, 2323, p. 39.

344. Nécessaire disproportion de la clause privant le franchisé de son fonds de commerce. Ce pas nous semble avoir été franchi par un arrêt du 18 décembre 2012 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Le litige portait en l'espèce sur une clause de non-réaffiliation insérée dans le contrat de franchise d'une supérette alimentaire. La Cour d'appel de Rouen, statuant sur renvoi après cassation, avait annulé la clause estimant que celle-ci aboutissait à priver le franchisé de son fonds de commerce. La Cour de cassation approuve ce raisonnement. Elle fait sienne la motivation des magistrats rouennais qui avaient estimé que « *l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale ou régionale* »⁷¹⁶ ce qui impliquait que « *la clause, qui emportait interdiction de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres, mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce* »⁷¹⁷. Une telle clause n'est dès lors pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et doit être annulée. Que compare-t-on ici si ce n'est l'atteinte aux intérêts du franchisé (c'est-à-dire l'impossibilité d'exploiter son fonds de commerce) aux intérêts protégés par le franchiseur (que la Cour d'appel n'hésite pas à qualifier de « *savoir-faire professionnel indéniable* ») ?

345. Certes, les juges du fond conservent un large pouvoir d'appréciation s'agissant de la notion de proportionnalité, sur laquelle la cour régulatrice n'exerce ici qu'un contrôle léger⁷¹⁸. La portée de l'arrêt – certes non publié – ne nous semble pas moins importante. Quelle juridiction osera désormais affirmer la proportionnalité d'une clause qui aboutit à une véritable dépossession du franchisé ? Si le savoir-faire d'une grande enseigne de distribution ne peut légitimer une telle atteinte, dans quel cas celle-ci sera-t-elle légale ? Sans doute l'arrêt du 18 décembre 2012 est bien davantage qu'un arrêt d'espèce. Comme a pu le soutenir une plume autorisée, à tout le moins dans le domaine spécifique de la distribution alimentaire, « *la clause de non-réaffiliation est tout simplement éradiquée* »⁷¹⁹ par l'arrêt. On ajoutera que la clause de non-concurrence l'est a fortiori également. Et il ne faudra pas une audace démesurée pour avancer que la solution affirmée ici en matière de distribution alimentaire peut sans doute être étendue à de nombreux secteurs dans lesquels il est tout aussi difficile de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation d'un fonds de commerce sans être affilié à un réseau de franchise.

716 Cass. Com., 18 décembre 2012, Sté Carrefour proximité France c/ B., n° 11-27.068, JurisData n° 2012-030108, *JCP E*, 2013, 1037, note Dissaux, *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 53, note Malaurie-Vignal.

717 Ibid.

718 En ce sens N. Dissaux, « Réalisme et idéalisme dans l'appréciation de la validité d'une clause de non-réaffiliation », note sous Cass. Com., 18 décembre 2012, *JCP E*, 2013, 1037.

719 M. Malaurie-Vignal, « Distribution alimentaire : nullité d'une clause de non-réaffiliation », note sous Cass. Com., 18 décembre 2012, *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 53.

II. LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

346. Au-delà des conditions classiques de validité des clauses de non-concurrence, lesquelles sont, dans leur énoncé, communes à l'ensemble des contrats commerciaux un régime spécifique au contrat de franchise semble se dessiner. Paradoxalement, ce mouvement s'opère en même temps que la Cour de cassation réaffirme son attachement au maintien des conditions classiques de validité. C'est donc vers le terrain de la mise en œuvre de l'engagement que se situent les innovations les plus spectaculaires. Il semble ainsi que si l'exigence d'une contrepartie financière devait voir le jour comme d'aucuns le suggèrent, celle-ci pourrait bien n'être qu'une modalité d'exécution de l'engagement et en rien une condition de sa validité. La jurisprudence avait timidement ouvert une brèche en ce sens en usant de la théorie des quasi-contrats (A). Le législateur, très probablement à son insu, a de son côté tracé une nouvelle piste par le biais de la notion de déséquilibre significatif (B).

A. Le timide cheminement vers l'exigence d'une contrepartie financière

347. La jurisprudence semble parfaitement claire sur un point : une contrepartie financière n'est pas une condition de validité de la clause de non-concurrence en matière de contrat de franchise (1). Elle n'en réfute pas pour autant toute idée d'une compensation financière (2).

1. *Le refus de faire de la contrepartie financière une condition de validité de la clause de non-concurrence*

348. En dépit d'un fort courant doctrinal favorable à l'octroi d'une compensation financière au franchisé en fin de contrat (a), il semble que les difficultés pratiques inhérentes à la mise en œuvre d'une telle solution aient eu raison de l'audace de la jurisprudence (b).

a. *De fortes sollicitations doctrinales*

349. L'idée d'une compensation financière octroyée au franchisé a d'abord vu le jour sous le vocable d'indemnité de clientèle (a-1). Peu à peu, sans doute influencé par le droit du travail, le débat s'est déplacé et focalisé sur l'éventuelle contrepartie financière de la clause de non-concurrence (a-2).

a-1. L'indemnité de clientèle

350. **Rendre à César ce qui appartient à César.** La question de l'indemnisation du franchisé à la rupture du contrat fait figure de vieux serpent de mer dans le droit de la distribution. Initialement, cette idée paraissait dénuée de tout lien avec la question de la clause de non-concurrence. C'est ainsi que, dans les années 1970, certains auteurs

proposaient de conférer au franchisé ce qui s'apparentait à une véritable indemnité de clientèle⁷²⁰, qui serait due au franchisé du fait de la rupture des relations contractuelles et non à cause de la stipulation d'une obligation de non-concurrence⁷²¹. L'idée, bien que reprise dans d'autres systèmes juridiques⁷²², fut cependant relativement vite écartée en France, à notre sens, à juste titre. En 1977, Monsieur Didier Ferrier synthétisait de la sorte l'état de la réflexion : « *la distinction entre les personnes relevant de chaque clientèle⁷²³ n'apparaîtra clairement qu'en fin de contrat, mais elle sera en parfaite conformité avec le partage spontané qui s'opère. Les premières abandonneront le franchisé au profit de celui qui le remplacera désormais, et ceci ne saurait entraîner une indemnité à la charge du franchiseur puisqu'elles constituaient déjà une clientèle qui lui était propre, les secondes demeureront attachées à l'ancien franchisé* »⁷²⁴.

351. Bien que notre analyse diverge sur la dénomination des personnes attachées à la marque du franchiseur, on ne peut que souscrire à ce point de vue. En d'autres termes, l'achalandage du franchiseur bénéficiera au nouveau franchisé : cela n'a rien de choquant, bien au contraire. À l'inverse, la clientèle de l'ancien franchisé lui demeurera attachée, sauf par exemple cas de concurrence déloyale de son ancien franchiseur. En terme de clientèle, la rupture du contrat de franchise est donc, a priori, neutre. Cependant, comme le précise à juste titre le Professeur Didier Ferrier, ce mécanisme consistant à rendre à César ce qui appartient à César ne peut fonctionner qu'à une seule condition : il convient que le franchisé puisse poursuivre une activité similaire à celle qu'il exerçait⁷²⁵. On comprend donc aisément que la présence d'une clause de non-concurrence modifie considérablement cet équilibre spontané. Toutefois, comme le remarque Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier, « *même sans la clause de non-concurrence, la clientèle n'ira pas forcément chez l'ancien franchisé, à supposer qu'il se reconvertisse auprès d'un autre opérateur, qui l'agrée, elle pourra se diriger vers le nouvel affilié du franchiseur, situé dans le même secteur géographique* »⁷²⁶.

720 Il nous semble à cet égard capital de distinguer indemnité de clientèle et contrepartie financière de la clause de non-concurrence, bien que la doctrine se semble pas toujours faire siennne cette distinction.

721 D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI*, 1977, II, p. 12441 et s. et F.-X. Licari, « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale à une indemnité de fin de contrat, au concessionnaire et au franchisé », *RLDA*, 1997, no 13, p. 93 et s.

722 En droit belge notamment, une loi du 27 juillet 1961 régit la résiliation unilatérale de certaines concessions de vente à durée indéterminée et impose au concessionnaire l'obligation d'indemniser la perte de clientèle consécutive à la résiliation du contrat. Pour une partie de la doctrine et de la jurisprudence, la loi du 27 juillet 1961 sur les concessions exclusives de vente de produits pourrait être appliquée au contrat de franchise.

723 L'auteur propose en effet de distinguer deux clientèles : l'une attirée par la marque et les éléments attractif de clientèle propriété du franchiseur, l'autre provenant de la seule activité du franchisé. Nous avons cependant tenté de démontrer précédemment que, de ces deux « clientèles », seule la seconde nous semble mériter cette dénomination. La première relève plus d'une potentialité de clientèle que nous proposons de nommer achalandage (v. n° 239).

724 D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI*, 1977, II, p. 12441 et s., n° 28.

725 Ibid.

726 P.-Y. Gautier, « Intérêt commun, analogie ou quasi-contrat ? Le franchisé reçoit enfin une indemnité compensatrice », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RTD civ.*, 2008, 11, p. 119

352. Parallèle avec l'agent commercial. Certains auteurs ont alors pu soutenir la possibilité d'un raisonnement par analogie avec l'agence commerciale⁷²⁷. En pareil cas, il est vrai que l'article L. 134-12 du Code de commerce dispose qu'« *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ». Et l'on ne peut que partager l'étonnement de certains auteurs qui se demandent « *pourquoi le mandataire d'intérêt commun serait mieux traité que les autres intermédiaires, alors que précisément, un des critères de qualification repose sur la clientèle commune* »⁷²⁸. En équité, la question demeure ouverte. En droit positif toutefois, la réponse à cette interrogation est aussi simpliste qu'implacable : parce que le législateur en a clairement décidé ainsi. Si ce choix peut, très probablement à juste titre, être contesté par la doctrine, on ne peut exiger de la jurisprudence qu'elle fasse œuvre de législateur : le franchisé n'est pas un agent commercial et l'on voit mal comment il serait possible d'appliquer un texte visant le second au premier. Si le raisonnement par analogie peut paraître des plus pertinents, il nous semble qu'il ne peut être de nature qu'à influencer le législateur et non le juge.

353. Il existe par ailleurs une différence notable entre l'indemnité due au salarié ou à l'agent commercial et celle à laquelle pourrait prétendre le franchisé. En effet, comme son nom l'indique, s'il devait exister une « indemnité de clientèle » au bénéfice de l'ancien franchisé, c'est bien pour compenser la perte de cette dernière que pourrait induire la cessation des relations avec le franchiseur. L'indemnité de clientèle aurait donc pour vocation, non pas de compenser une perte de recettes à venir (une « perte de gains futurs », au sens de la nomenclature Dinthillac), mais bien la perte actuelle d'un actif du fonds de commerce du franchisé. Or, telle n'est pas la vocation des indemnités prévues pour le salarié et l'agent commercial. Concernant ce dernier, la doctrine fiscale estime clairement que l'indemnité due « *ne constitue pas, en principe, la contrepartie de la perte d'un élément de l'actif incorporel, mais a seulement pour objet de réparer le préjudice consécutif à la perte de son activité* »⁷²⁹. S'agissant du salarié, il est acquis que l'indemnité est « *un élément de rémunération destiné à compléter forfaitairement le salaire nouveau réduit en raison de la restriction imposée par la clause de non-concurrence à l'activité professionnelle de l'intéressé* »⁷³⁰. Une indemnité de clientèle ne peut, par hypothèse, avoir pour vocation de constituer un complément ou un substitut de rémunération. Au reste, en tant que commerçant indépendant, le franchisé ne saurait prétendre à

727 F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, 2000 ; F.-X. Licari, « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale à une indemnité de fin de contrat, au concessionnaire et au franchisé », *RLDA*, 1997, no 13, p. 93 et s.

728 P.-Y. Gautier, « Intérêt commun, analogie ou quasi-contrat ? Le franchisé reçoit enfin une indemnité compensatrice », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RTD civ.*, 2008, 11, p. 119

729 Rescrit fiscal RES n° 2006/26 (FP) du 28 mars 2006 : *Dr. fisc.*, 2006, n° 17-18, comm. 357. Cette position justifie l'assujettissement de l'indemnité comme un produit courant et non en tant que plus-value professionnelle.

730 Cass. Soc., 2 février 1972 : Bull. civ. V, n° 89. Dans le même sens, Cass. Soc., 19 octobre 2005, n° 03-46.592 ; Cass. Soc., 26 mars 1984, *D.*, 1985, IR 152, obs. Serra. Pour de plus amples développements, v. Y. Picod et S. Robinne, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. trav. Dalloz*, 2009, n° 68 et s.

une quelconque pérennité ou fixité de sa rétribution. Et si l'on se résout à penser que l'indemnité de clientèle ne peut que compenser une éventuelle perte de clientèle, on en revient inmanquablement à l'implacable remarque du Professeur Ferrier : la clientèle qui délaissera le franchisé du seul fait de sa sortie du réseau n'était sans doute pas « sa » clientèle. On conçoit dès lors mal que le franchisé bénéficie d'une indemnité alors que la cessation du contrat n'aura fait que rendre à César ce qui appartient à César.

354. Intérêt commun. D'autres, plus anciens et nombreux, estiment que la notion d'intérêt commun, inspirée du mandat d'intérêt commun, serait susceptible d'offrir une assise à une éventuelle indemnité de clientèle. Le Professeur Philippe Le Tourneau, principal artisan de cette thèse, estime que la dépendance du franchisé vis-à-vis du franchiseur « est associée à une interdépendance de tous les participants du réseau, ce qui permet une convergence de leurs objectifs en un même intérêt commun »⁷³¹. Cet intérêt commun justifierait, au-delà d'une obligation de coopération renforcée, l'allocation au franchisé d'une somme destinée à compenser le préjudice créé par la rupture du contrat. Toutefois, si le mandat d'intérêt commun est une notion de droit positif, celle de contrat d'intérêt commun ne l'est pas. La Cour de cassation n'a pas manqué de le rappeler dans un arrêt abondamment commenté du 7 octobre 1997⁷³² qui, s'il concernait un concessionnaire, semble parfaitement transposable au franchisé. La Cour de cassation y énonce sèchement que « le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun »⁷³³. Il en va de même du contrat de franchise⁷³⁴.

a-2. La contrepartie financière de la clause de non-concurrence

355. En présence d'une clause de non-concurrence, il va de soi que le franchisé ne pourra continuer à exploiter sa clientèle, laquelle se tournera fort probablement vers un nouvel établissement du réseau. Certains ont pu, par conséquent, proposer intuitivement de consacrer l'illicéité de principe de clauses de non-concurrence en matière de contrat de franchise⁷³⁵. Cette solution nous paraît, aujourd'hui encore, pertinente et semble pouvoir trouver un appui théorique fort dans la notion de proportionnalité⁷³⁶. La jurisprudence s'est toutefois jusqu'à présent refusée à la faire sienne. C'est dans ce contexte, tenant la validité de principe des clauses de non-concurrence dans les contrats de franchise que se pose la délicate question de leur compensation financière. On le comprend aisément, l'idée fondatrice en est fort simple : puisque la stipulation d'une clause de non-concurrence revient à priver le franchisé de sa clientèle, il

731 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 4.

732 Cass. Com., 7 octobre 1997, Sté Maine auto c/ SA Volvo automobile France, n° 95-14.158, *JCP G*, 1998, II, 10085, note Chazal, *Contrats conc. consom.*, 1998, comm. 20, note Leveneur, *RTD civ.*, 1998, p. 130, obs. Gautier, *JCP G*, 1998, II, 10110, note Mainguy.

733 Ibid.

734 En ce sens, J.-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, 4e éd., Delmas, 2004, n° 2101 et s.

735 Notamment, Saint-Alary, « Problèmes acides du franchising », *Cah. dr. entr.*, 1972, no 2, p. 35 et s. ou D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI*, 1977, II, p. 12441 et s.

736 V. supra, n° 340.

convient de l'indemniser du préjudice économique ainsi souffert. Plus récemment, cette idée va se trouver renforcée par deux éléments jurisprudentiels majeurs : la reconnaissance de la nécessité d'une contrepartie financière au profit du salarié débiteur de non-concurrence⁷³⁷ et la réaffirmation que la clientèle fréquentant l'établissement franchisé est bien la clientèle du franchisé⁷³⁸. C'est ainsi que, durant les quinze dernières années, les sollicitations doctrinales pour l'instauration d'une contrepartie financière au bénéfice du franchisé souscripteur d'une clause de non-concurrence se sont faites de plus en plus pressantes.

356. Jurisprudence en matière sociale. Il est vrai que le visa par les arrêts du 10 juillet 2002, au-delà du texte spécifique de l'article L. 120-2 du Code du travail⁷³⁹, du « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* » donnait un argument de poids aux partisans d'une extension de l'exigence de contrepartie financière⁷⁴⁰. Le Professeur Christophe Jamin plaide ainsi pour une application de la jurisprudence de la chambre sociale au contrat de franchise, relevant qu'« *il n'existe aucune contrainte technique majeure* »⁷⁴¹ à une telle extension qui pourrait, selon lui, aisément se faire par référence à l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791. Rejoignant l'analyse initiale de Monsieur le Professeur Didier Ferrier, d'autres estiment encore qu'« *il échoit au juge une alternative qu'il ne saurait éluder : soit valider la clause de non-concurrence accompagnée d'une indemnité de clientèle, soit refuser de reconnaître la licéité d'un engagement dépourvu de ladite indemnité* »⁷⁴². Pour Maître Hubert Bensoussan, les clauses de non-concurrence dans les contrats de franchise ne sont rien de plus que des « *vestiges des temps anciens* »⁷⁴³. Plus fermement encore, Jean Beauchard estimait que le droit positif est « *à la fois inéquitable et antiéconomique* »⁷⁴⁴. Cette conclusion nous semble en effet incontestable. Néanmoins, il n'est pas difficile de comprendre les réticences de la jurisprudence à faire de l'existence d'une contrepartie financière une condition de validité de la clause de non-concurrence en matière de franchise tant la mise en pratique d'une telle solution pourrait se révéler périlleuse. L'analogie avec le droit social montre rapi-

737 Cass. Soc., 10 juillet 2002, Salembier c/ Sté La Mondiale, n° 00-45.135, *D.*, 2002, p. 2491, note Serra, *Contrats, conc. consom.*, 2002, n° 10, p. 18, obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD civ.*, 2003, n° 1, p. 58, note Hauser, *JCP E*, 2003, p. 508, note Morvan

738 Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, Trévisan / Basquet, n° 00-20.732, *JCP G*, 2002, II, 10112, p. 1312, note Auque, *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 111, obs. Malaurie-Vignal, *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 155, obs. Leveneur, *JCP E*, 2002, Cah. dr. ent. n° 5, p. 29, obs. Respaud.

739 Devenu depuis l'article L. 1221-1 du même code.

740 En ce sens, v. notamment P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 687 qui continue à plaider pour une extension du champ d'application de la contrepartie financière en se fondant principalement sur cet argument.

741 C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s., n° 12.

742 M. Gomy, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Presses universitaires de Perpignan, 1999, n° 238.

743 H. Bensoussan, « Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ? », in Dissaux et Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, L'Harmattan, 2009, p. 149 et s.

744 J. Beauchard, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 50.

dement ses limites. Certes, tout comme le salarié, le franchisé est placé dans une figure contractuelle relativement inégalitaire et se trouve économiquement dépendant de la partie forte au contrat. Il n'en reste pas moins qu'au contraire du salarié, le franchisé est un commerçant, chef d'entreprise juridiquement indépendant⁷⁴⁵. Il ne loue pas sa force de travail au franchiseur, mais crée lui-même les moyens de sa propre subsistance, avec l'aide du franchiseur. Contrairement au salarié, le problème touche davantage au droit de propriété qu'à la liberté du travail : la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de franchise dérange davantage en ce qu'elle fait perdre au franchisé une valeur patrimoniale qu'il a lui-même créée – son fonds de commerce – que parce qu'elle l'empêche, pour une durée déterminée, de travailler.

357. Gérant de succursale. Une autre voie pourrait encore être suggérée, comme le rappelle une décision récente de la Cour de cassation. Par arrêt du 27 mars 2013⁷⁴⁶, la Haute juridiction estime en effet que l'exigence d'une contrepartie financière est applicable au gérant de succursale par application de l'article L. 7322-1 du Code du travail. La solution n'a rien de surprenant dans la mesure où le droit du travail est, dans son entier, applicable au gérant de succursale. La règle selon laquelle la clause de non-concurrence doit recevoir une contrepartie financière, bien que d'origine jurisprudentielle, ne fait pas exception. Si le texte prévoit que ce sont « *les dispositions du [Code du travail]* » qui sont applicables au gérant de succursale, on ne saurait avoir une interprétation littérale du texte et prétexter que les règles de droit social d'origine prétorienne lui sont, pour leur part, inapplicables. Au reste, gérant de succursale et franchisé sont dans des situations radicalement différentes⁷⁴⁷. En effet, il résulte de l'article 7321-2 du Code du travail que le gérant de succursale vend « exclusivement » ou « quasi exclusivement » les produits de la maison-mère, ce aux prix imposés par cette dernière. Le gérant, au contraire du franchisé, n'a donc rien d'un commerçant indépendant. D'ailleurs, l'application des articles L. 7322-1 et suivants du Code du travail aux franchisés est une arme puissante de lutte contre les atteintes à l'indépendance du franchisé, ainsi que cela a pu être développé dans la première partie de cette étude⁷⁴⁸. Dès lors, il ne nous semble pas choquant que gérants de succursale et franchisés soient traités différemment, dans la mesure où seuls les seconds sont de véritables commerçants indépendants – le droit de la concurrence y veille.

b. Une difficile mise en pratique

358. Refus jurisprudentiel. Car en dépit de ces vives sollicitations doctrinales, la jurisprudence refuse avec une rare constance de faire droit aux revendications des franchisés. C'est ainsi alors qu'un plaideur entendait obtenir la cassation d'un arrêt au moyen « *qu'est nulle la clause de non-concurrence, fût-elle une clause de non-affiliation,*

⁷⁴⁵ La première partie de cette étude nous a d'ailleurs permis de démontrer que le droit de la concurrence veillait ardemment à cette indépendance.

⁷⁴⁶ V. Selinsky, D. Ferrier et J.-M. Mousseron, « Le mort saisit le vif : Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *JCP E*, 1987, II, 14840

⁷⁴⁷ Pour une étude plus approfondie, v. n° 128 et s.

⁷⁴⁸ V. supra, n° 126 et s.

lorsqu'elle est dépourvue de toute contrepartie financière accordée au franchiseur (sic) »⁷⁴⁹, que la Cour de cassation répond « qu'après avoir relevé que la clause de non-concurrence invoquée était limitée dans l'espace au département de la zone de chalandise définie au contrat ainsi qu'aux départements limitrophes et dans le temps à trois années et qu'elle était indispensable à la protection des intérêts légitimes de la société HFS, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que cette clause était licite »⁷⁵⁰. Cette position est réaffirmée, en creux, dans un arrêt du 24 novembre 2009 : « la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat »⁷⁵¹. De la même manière, il nous semble que le fameux arrêt *Société Eté c/ SFR* du 9 octobre 2007⁷⁵² ne peut se comprendre qu'en postulant que l'indemnisation de la clause de non-concurrence n'est pas une condition de validité de cette dernière⁷⁵³. Cette position a encore été affirmée, on ne peut plus clairement, dans un arrêt du 31 janvier 2012 par lequel la Cour de cassation décide qu'une Cour d'appel ayant relevé que la clause était justifiée, proportionnée et qu'elle préservait la liberté d'entreprendre du franchisé en « a exactement déduit que cette clause de non-réaffiliation qui n'avait pas à être rémunérée était licite »⁷⁵⁴. Deux arguments expliquent à notre sens la surdité des Hauts magistrats : l'un juridique (b-1), l'autre politique (b-2).

b-1. Les difficultés juridiques à l'exigence d'une contrepartie financière comme condition de validité des clauses de non-concurrence

359. Du strict point de vue de la technique juridique, ériger la contrepartie financière en condition de validité de la clause de non-concurrence est peut-être plus

749 Cass. Com., 18 novembre 2008, *Sté Le Pain de Navarre c/ Sté Hfs*, n° 07-18.599, *D.*, 2009, p. 1441, note Picod, *LPA*, 2009, n° 227, p. 44, note Simon, *D.*, 2009, n° 43, p. 2888, note Ferrier.

750 Ibid.

751 Cass. Com., 24 novembre 2009, *FLJ c/ Casino France*, n° 08-17.650 : Inédit, *Contrats, conc., consom.*, 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal, *JCP E*, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Concurrences*, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 39, note Riéra.

752 Cass. Com., 9 octobre 2007, *Sté ETE c/ Sté SFR*, n° 05-14.118, *JurisData* n° 2007-040801, *RDC*, 2008, n° 2, p. 410, note Behar-Touchais, *JCP G*, 2007, II, p. 10211, note Dissaux, *RTD civ.*, 2008, p. 300, obs. Fages, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40, note Ferré et Deberdt, *D.*, 2008, p. 388, note Ferrier, *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119, note Gautier, *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355, note Kenfack, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6, note Mainguy et Depincé, *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298, note Malaurie-Vignal, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42, note Stoffel-Munck. V. infra, n° 365.

753 En ce sens, Nicolas Dissaux explique, fort justement à notre avis, qu'« il résulte implicitement mais nécessairement de cet arrêt que la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas suspendue au versement d'une indemnité. La Cour de cassation relie en effet l'indemnité compensatrice à la dépossession du franchisé. Or si l'on suppose que la clause de non-concurrence est nulle pour défaut de contrepartie financière, il devient impossible d'établir la dépossession du franchisé. C'est bien l'application de cette clause qui aboutit à déposséder le franchisé. Point de dépossession, donc, si la validité de ce type de clause n'est pas postulée » (N. Dissaux, « Clause de non-concurrence », Fascicule n° 256, in *J.-Cl. Commercial*, 2010, n° 59). Pour une analyse similaire, v. A. Riéra, « Validité des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de franchise », note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, *Rev. Lamy conc.*, 2010, 2323, p. 39.

754 Y. Serra, « Concurrence déloyale et droit commun de la responsabilité civile », *D. aff.*, 2000, p. 625.

complexe qu'il n'y paraît. Deux fondements sont traditionnellement avancés pour justifier une telle solution. Le premier consiste à recourir à la théorie de la cause, non point dans son acception subjective comme en matière de proportionnalité, mais dans sa vision classique de contrepartie. Pour être valable, l'obligation de non-concurrence devrait comporter une contrepartie. Or, en l'absence d'indemnisation il n'existerait aucune contrepartie à l'obligation du franchisé, laquelle serait nulle par application de l'article 1131 du Code civil⁷⁵⁵. Séduisante en apparence, cette explication ne peut convaincre pour deux raisons fondamentales. Elle postule tout d'abord le caractère autonome de la clause de non-concurrence. Si cette analyse est défendue avec talent par certains⁷⁵⁶, elle ne rend cependant pas compte du droit positif⁷⁵⁷. Le meilleur exemple en est sans doute que l'anéantissement du contrat de franchise, par exemple pour dol, emporte également celui de la clause de non-concurrence bien que le contrat principal ait pu être exécuté un certain temps⁷⁵⁸. Au surplus, si autonomie il devrait y avoir, on saisit mal pourquoi celle-ci serait limitée à la matière sociale voire aux contrats de dépendance tels que la franchise. L'exigence de contrepartie financière devrait alors être généralisée à l'ensemble des contrats ; à la limite en ce compris les conventions emportant transfert de clientèle, solution qui paraît absurde. Enfin, il serait sans doute encore possible de soutenir que la cause de l'obligation de non-concurrence du franchisé n'est autre que la transmission d'un savoir-faire substantiel par le franchiseur et que, dès lors, l'obligation se trouve causée y compris en l'absence de contrepartie financière⁷⁵⁹. En somme, le recours à la théorie de la cause, comme souvent d'ailleurs, traduit un certain désarroi et s'avère finalement aussi artificiel qu'inefficace⁷⁶⁰.

360. Reste alors la position plus communément défendue, qui consisterait à fonder l'exigence de contrepartie financière sur les droits fondamentaux. Ce fondement a pour avantage indéniable d'éviter les problématiques spécifiques engendrées par un éventuel recours à la cause. Il est, au surplus, utilisé avec succès par les juridictions sociales depuis 2002. Subsidiairement, on peut s'interroger sur la pertinence de transposer littéralement le principe de « libre exercice d'une activité professionnelle » à la matière commerciale. Cette transposition nous semble plus délicate qu'il n'y paraît. Car, en vérité, c'est davantage du droit de propriété qu'il est question dans la rupture du contrat de franchise, que de la possibilité pour le franchisé d'exercer

755 Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 116.

756 V. principalement M. Gomy, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 199 et s.

757 Sur ce point, v. l'argumentation détaillée de Nicolas Dissaux : N. Dissaux, « Clause de non-concurrence », Fascicule n° 256, in *J.-Cl. Commercial*, 2010, 21 et s.

758 C.A. Paris, 8 avril 2004, Sté Laboratoire Médiligine c/ Sté Replay Incentive Consulting, JurisData n° 2004-254237.

759 En ce sens, C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s., n° 9 et s.

760 Il serait regrettable de transformer la question de l'indemnisation de la clause de non-concurrence en matière de contrat de franchise en arrêt Chronopost bis...

une activité professionnelle. Contrairement au salarié, le franchisé a acquis un patrimoine par l'exercice de son activité. Il a valorisé son fonds de commerce, et c'est précisément cette patrimonialisation qui justifie, entre autres, qu'il soit qualifié de commerçant et non de salarié. Dès lors, c'est davantage l'atteinte à la valeur patrimoniale que représente le fonds de commerce que celle à la liberté de travail qui rend intolérable la clause de non-concurrence. Le principe de la liberté du commerce semble alors tout indiqué et recueille les faveurs de la doctrine⁷⁶¹.

361. Impossibilité de monnayer l'atteinte à la liberté du commerce. Le raisonnement par analogie nous semble toutefois achopper sur ce point. Il ne paraît pas choquant qu'un salarié renonce à sa liberté de travail moyennant finances. Ce n'est, somme toute, que la stricte continuation des motifs qui l'ont conduit à annihiler cette même liberté pendant l'exécution du contrat. Bien que touchant à une liberté fondamentale, le raisonnement interroge avant tout la liberté individuelle du salarié. L'assimilation de la contrepartie financière au salaire par le droit social⁷⁶² est révélatrice de cette approche, centrée sur la protection des intérêts du salarié. Est-il possible, en revanche, de considérer que la liberté du commerce puisse ainsi être monnayée, à la discrétion du franchisé ? Le débat dépasse ici largement la protection de ses seuls intérêts du franchisé, mais touche plus largement l'ordre public économique et donc l'intérêt général. À notre sens, l'atteinte à la liberté du commerce ne peut être financièrement compensée : une telle compensation ne règle en rien les considérations d'intérêt général qu'implique l'atteinte à la liberté du commerce⁷⁶³.

362. Droit comparé. Enfin, justifier une éventuelle indemnisation de la clause au regard des droits fondamentaux pose le problème du droit comparé. En effet, un rapide aperçu des législations voisines permet de remarquer que le débat quant à l'éventuelle indemnisation de la clause de non-concurrence en matière de franchise demeure essentiellement hexagonal. Il n'existe, à notre connaissance, parmi les grands systèmes législatifs occidentaux, aucun exemple de règle en ce sens alors que le corpus des droits fondamentaux est relativement semblable au sein de ces pays. Au plan européen, les standards de validité de la clause de non-concurrence sont largement indexés sur les normes européennes. Les législations italiennes et allemandes⁷⁶⁴, pour ne citer qu'elles, sont ainsi fort semblables au droit positif français. Outre-Atlantique, les différences entre États fédérés se font sentir, non pas quant à la question de l'indemnisation de la clause, mais plus radicalement quant à sa validité. Certains États, à l'instar de la Californie ou de la Virginie, ont adopté une prohibition de principe de clauses de

761 C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s.

762 Y. Picod et S. Robinne, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. trav. Dalloz*, 2009.

763 Sur ces questions, v. L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, Thèse : Aix-Marseille III, 2011, n° 250 et s. Si l'on doit considérer que l'atteinte à la liberté du commerce est compensable en argent, c'est en vérité tout le droit de la concurrence et plus largement tout le droit économique qui tombe.

764 L. Vogel, *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, Ed. Panthéon-Assas, 2011, n° 40.

non-concurrence post-contractuelles⁷⁶⁵. En revanche, dans les États où ces clauses ne sont pas, par principe, prohibées, leurs conditions de validité sont assez semblables à celles dégagées par le droit français⁷⁶⁶, sans que la question d'une éventuelle contrepartie financière ne se pose à aucun moment.

b-2. Les difficultés politiques à l'exigence d'une contrepartie financière comme condition de validité des clauses de non-concurrence

363. Risque d'un tsunami. Au final, s'il n'existe aucun fondement juridique idéal à l'instauration d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence, là n'est peut-être pas le problème majeur. Certes, tant le recours à la cause que celui aux principes fondamentaux offrent le flanc à la critique. La Cour de cassation a cependant démontré à de multiples reprises qu'elle était capable de s'affranchir des conceptions doctrinales classiques pour faire preuve d'audace et d'innovation quand le jeu lui apparaissait en valoir la chandelle. Gageons donc que le recours à l'une ou l'autre de ces solutions ne serait pas un monstre juridique suffisamment effrayant pour dissuader les magistrats du quai de l'Horloge s'il existait une véritable volonté pour instaurer un tel régime. Le problème est à notre sens ailleurs. Paradoxalement, les arrêts du 10 juillet 2002, souvent utilisés pour justifier la nécessité d'une évolution du régime de la clause de non-concurrence en matière de franchise, jouent-ils peut-être en défaveur d'une telle évolution. Au fond, la peur d'un nouveau « tsunami »⁷⁶⁷ est sans doute plus grande que celle de forcer quelque peu les concepts juridiques. Comme ce fut le cas en droit social, l'instauration d'une nouvelle condition de validité rendrait rétroactivement nulles l'ensemble des clauses présentes dans les contrats de franchise existants. On imagine assez facilement les difficultés voire l'impossibilité pour les franchiseurs de renégocier ces clauses avec leurs franchisés et la véritable zizanie qui s'en suivrait pendant une longue période eu égard à la durée de vie assez longue des contrats de franchise. En somme, comme le fait fort justement remarquer Monsieur le Professeur Christophe Jamin, la décision d'imposer une telle condition relève in fine d'un choix de politique juridique⁷⁶⁸. Le prix à payer en terme de sécurité juridique nous semble toutefois trop élevé pour souhaiter que la jurisprudence ne se lance dans une telle voie. D'autant plus qu'il paraît exister d'autres techniques pour corriger la situation actuelle, sans pour autant modifier le régime de la validité des engagements de non-concurrence. La jurisprudence semble plus favorable à transférer la question sur le terrain de l'exécution de l'engagement, ce qui permet de contourner la difficulté.

765 Il n'est par ailleurs pas anodin de noter qu'en Californie, la prohibition légale des engagements de non-concurrence n'est en rien spécifique aux contrats de franchise, mais à au contraire vocation à s'appliquer à l'ensemble des conventions.

766 L. Vogel, *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, Ed. Panthéon-Assas, 2011, n° 37.

767 Selon l'expression consacrée par Serra : Y. Serra, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », note sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2491.

768 C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, no 42, p. 2878 et s., n° 12.

2. La possibilité d'envisager la contrepartie financière comme une modalité de mise en œuvre de la clause de non-concurrence

364. Un énigmatique arrêt trouve cependant mal sa place dans cet ordonnancement, dans la mesure où il retient clairement le principe du droit à une compensation financière pour le franchisé débiteur d'une clause de non-concurrence. Isolée, non publiée et d'un fondement contestable, cette décision pour novatrice qu'elle soit (a), ne semble pas promise au meilleur avenir (b).

a. Une solution novatrice proposée en 2007

365. **Arrêt société Été c/ SFR.** À la surprise générale, la Cour de cassation donnait un tour nouveau au débat sur l'indemnisation du franchisé débiteur de non-concurrence par un arrêt du 9 octobre 2007, opposant le liquidateur de la société Été à l'ancien franchiseur de cette dernière, la société SFR. La Cour de cassation censurait la Cour d'appel de Paris qui refusait d'indemniser l'ancien franchisé, « alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction »⁷⁶⁹, et violait l'article 1371 du Code civil. Non publiée au bulletin, rien a priori ne destinait cette décision à la célébrité qu'elle a pourtant acquise grâce aux nombreux commentaires dont elle a fait l'objet⁷⁷⁰. Cette absence

769 Cass. Com., 9 octobre 2007, Sté ETE c/ Sté SFR, n° 05-14.118, JurisData n° 2007-040801, *RDC*, 2008, n° 2, p. 410, note Behar-Touchais, *JCP G*, 2007, II, p. 10211, note Dissaux, *RTD civ.*, 2008, p. 300, obs. Fages, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40, note Ferré et Deberdt, *D.*, 2008, p. 388, note Ferrier, *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119, note Gautier, *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355, note Kenfack, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6, note Mainguy et Depincé, *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298, note Malaurie-Vignal, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42, note Stoffel-Munck.

770 Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut noter : M. Behar-Touchais, « Le franchisé a droit à une indemnisation en cas de rupture du contrat imputable au franchiseur quand le contrat stipule une clause de non-concurrence », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RDC*, 2008, 22, p. 410 ; N. Dissaux, « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *JCP G*, 2007, II, 10211 ; B. Fages, « L'article 1371 du code civil comme fondement de l'indemnité de fin de contrat du franchisé », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RTD civ.*, 2008, p. 300 ; D. Ferré et E. Deberdt, « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence postcontractuelle », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, 2222, p. 40 ; D. Ferrier, « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *D.*, 2008, p. 388 ; P.-Y. Gautier, « Intérêt commun, analogie ou quasi-contrat ? Le franchisé reçoit enfin une indemnité compensatrice », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RTD civ.*, 2008, 11, p. 119 ; H. Kenfack, « Vers une indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence postcontractuelle ? », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RJDA*, 2008, 44, p. 355 ; D. Mainguy et M. Depincé, « Vers l'indemnisation de la clause de non-concurrence ? », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RLDC*, 2008, 4747, p. 6 ; M. Malaurie-Vignal, « Indemnisation du franchisé pour perte de clientèle dès lors qu'il en est dépossédé en raison d'une clause de non-concurrence post-contractuelle », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *Contrats, conc. consom.*, 2007, 1212, comm. 298 ; P. Stoffel-Munck, « La clause de non-concurrence pesant sur le franchisé emporte-t-elle obligation de l'indemniser pour perte de clientèle ? », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *Comm. com. électr.*, 2008, 33, comm. 42.

de publication est d'autant plus étonnante si l'on considère l'originalité et la nouveauté du raisonnement développé par l'arrêt, ainsi que ses potentielles implications.

366. Originale, la décision l'est quant à son fondement, sur lequel l'ensemble des commentateurs se sont interrogés. Il est vrai que l'article 1371 fait partie de ces textes sur lesquels les Hauts magistrats ont coutume de s'appuyer en dernier recours, en guise de variable d'ajustement. Son évocation renvoie immanquablement à la question des loteries publicitaires⁷⁷¹ et à la solution quelque peu baroque que le texte avait permis à la Cour de cassation de dégager. Ici encore, le recours à la notion d'enrichissement sans cause ne peut se faire sans quelques circonvolutions et l'on ne peut qu'approuver le Professeur Bertrand Fages, forcé de constater que l'article 1371 se trouve réduit par la Cour de cassation à « *un texte bien commode pour conférer un fondement juridique à des obligations que ni le contrat ni le délit ne sont parvenus à faire naître* »⁷⁷². Dès lors, toutes les explications sont possibles, sans qu'aucune ne convainque pleinement. Faut-il voir dans l'article 1371 une référence à l'enrichissement sans cause, quitte à tordre tous les principes applicables en pareille matière **(a-1)** ? Doit-on au contraire se résigner à admettre que cette décision ne peut être fondée que sur un nouveau quasi-contrat *sui generis* **(a-2)** ?

a-1. Le recours à l'enrichissement sans cause au forceps

367. Les commentateurs de l'arrêt n'ont pu que constater avec un certain embarras qu'il était impossible de constater en l'espèce la réunion des conditions de l'enrichissement sans cause. La formulation de la décision traduit d'ailleurs ce malaise : l'attendu de principe ne fait référence qu'à la dépossession du franchisé de sa clientèle et au « préjudice » qui en résulte. On peut y déceler sans trop de peine une référence à l'appauvrissement, première des trois conditions de l'action *de in rem verso*. Dans l'impossibilité de poursuivre son activité, le franchisé perdra le bénéfice de la clientèle qu'il avait créée durant l'exécution du contrat de franchise. Certains vont cependant jusqu'à contester l'existence de cette première condition. Pour certains auteurs, il n'y aurait, en l'espèce, aucun appauvrissement du franchisé. Les faits de l'espèce présentaient en effet une certaine spécificité dans la mesure où le franchisé avait pour activité principale la vente de forfaits de téléphonie mobile. Son activité se bornait donc à mettre en relation les clients avec le franchiseur, opérateur de téléphonie mobile. Partant de ce constat, le Professeur Didier Ferrier relève que « *l'appauvrissement ne saurait donc porter sur cette clientèle de téléphonie mobile directement attachée au franchiseur* »⁷⁷³. Si une telle distinction s'inscrit directement dans la lettre de l'arrêt Trévisan, qui invite à distinguer « clientèle nationale » et « clientèle locale », nous avons tenté de démontrer qu'elle ne

771 Y. Serra, « Droit de la concurrence, liberté d'établissement et détournement de clientèle », *LPA*, 1986, no 91, p. 11

772 B. Fages, « L'article 1371 du code civil comme fondement de l'indemnité de fin de contrat du franchisé », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RTD civ.*, 2008, p. 300.

773 D. Ferrier, « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *D.*, 2008, p. 388.

paraissait pas conforme à son esprit⁷⁷⁴. Le fait que le franchisé ne contracte pas directement avec la clientèle fréquentant son établissement ne nous paraît pas pertinent pour lui dénier le bénéfice de cette clientèle. Peu ou prou, un tel franchisé se retrouve dans la situation d'un courtier, mettant en rapport son franchiseur, donneur d'ordre, et un client. Or, personne ne dénie au courtier le bénéfice d'une clientèle au prétexte qu'il ne participe pas, in fine, à l'opération projetée entre le donneur d'ordre et le client⁷⁷⁵. Le fait qu'un contrat de franchise se superpose à l'opération de courtage ne change, à notre sens, aucunement la solution. Il nous paraît donc que l'appauvrissement du franchisé peut être tenu pour acquis⁷⁷⁶.

368. Introuvable enrichissement. Plus délicate en revanche est la question de l'enrichissement corrélatif du franchiseur, deuxième condition de la mise en œuvre de l'action de in rem verso. Rares sont les cas où le franchiseur ouvrira directement et en son nom un point de vente à proximité de celui jadis tenu par l'ancien franchisé. La réimplantation du réseau se fera le plus souvent par l'installation d'un nouveau franchisé. En pratique, si la perte de clientèle profite directement à quelqu'un, c'est sans doute davantage à ce nouveau franchisé qu'au franchiseur : « *dès lors, comment justifier que ce dernier, qui ne s'enrichit pas, ait à payer à son ancien franchisé une indemnité d'enrichissement sans cause ?* »⁷⁷⁷ s'interroge le Professeur Martine Behar-Touchais. Même les plus fervents partisans de la solution ne peuvent que constater cet écueil, tout en relevant avec pragmatisme qu'il serait difficile d'imaginer réclamer une quelconque indemnité au nouveau franchisé⁷⁷⁸. S'il est juridiquement difficilement saisissable, l'enrichissement du franchiseur n'en demeure à notre sens pas moins réel. À supposer que le franchisé poursuive son activité, le franchiseur trouverait-il beaucoup de candidats pour aller s'implanter sur les terres de l'ancien franchisé ? On peut légitimement en douter : l'attractivité potentielle du réseau sera faible ; l'achalandage du

774 V. supra, n° 232 et s.

775 Bien au contraire, l'article L. 110-1 du Code de commerce répute de telles opérations actes de commerce. D'où il suit que celui qui en fait sa profession est un commerçant par application de l'article L. 121-1 du Code de commerce.

V. cependant, contra, estimant que, du « *principe d'indépendance absolue du courtier il découle également que le courtier n'a pas de clientèle* » (V. Guedj, « Contrat de courtage », Fascicule n° 850, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2001). A l'appui de cette opinion pour le moins singulière, l'auteur cite un arrêt (C.A. Paris, 24 juin 1963, Sté SOVC c/ Boncourt, *D.*, 1964, somm., p. 46), lequel développe précisément une solution inverse : « *le courtier [...] ne peut prétendre à aucune indemnité si un client même très ancien et important décide de se passer dorénavant de ses services* ». Ne pas pouvoir prétendre à indemnisation pour la perte d'un client – ce qui est le lot, a priori, de tout commerçant et résulte du principe de la licéité du dommage concurrentiel – implique toutefois d'avoir des clients et donc une clientèle !

776 D'un point de vue strictement économique, cette question paraît relever de la pure évidence. Il est difficile de soutenir que le franchisé qui se voit dans l'impossibilité de poursuivre son activité, quelle que soit la nature de celle-ci tant qu'elle lui procurait un bénéfice, ne subit pas une perte...

777 M. Behar-Touchais, « Le franchisé a droit à une indemnisation en cas de rupture du contrat imputable au franchiseur quand le contrat stipule une clause de non-concurrence », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RDC*, 2008, 22, p. 410.

778 N. Dissaux, « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *JCP G*, 2007, II, 10211.

franchiseur n'a plus grande valeur. À l'inverse, l'ancien franchisé neutralisé, les candidats à l'exploitation d'un magasin franchisé dans le secteur seront probablement plus faciles à trouver : l'attrait potentiel du réseau sera grand, et la valeur de l'achalandage du franchiseur importante. Il y a donc bien enrichissement du franchiseur, lequel voit la valeur de son achalandage s'accroître grâce à la neutralisation du franchisé. Que signifie, concrètement, accroissement d'une valeur aussi théorique que l'achalandage tel que nous l'avons défini⁷⁷⁹ ? De façon fort pragmatique, entre autres, des redevances ou un droit d'entrée plus élevés de la part des franchisés potentiels désireux de s'installer dans la zone. Il y a donc bien enrichissement de la part du franchiseur. Au surplus, notons que les études récentes menées sur la question de l'enrichissement sans cause tendent à démontrer que le terme d'enrichissement se révèle trop restrictif pour rendre compte du mécanisme ouvrant droit à indemnisation. Madame le Professeur Mélina Douchy avance ainsi qu'il serait « *exact de préférer le terme d'utilité à celui d'enrichissement* »⁷⁸⁰, relevant qu'il suffit parfois qu'il existe « *une utilité ou encore un avantage, plutôt qu'un enrichissement stricto sensu* »⁷⁸¹ pour fonder l'action *de in rem verso*. Or, si la notion d'enrichissement impose un détour par celle d'achalandage, chacun voit immédiatement l'avantage ou l'utilité de la neutralisation du franchisé pour le franchiseur...

369. Absence de cause juridique ? Reste alors, dernière, mais non des moindres, la difficulté relative à l'absence de cause. Il est une solution des plus traditionnelles que la présence d'une obligation contractuelle est un obstacle à l'action *de in rem verso*⁷⁸². Tenons pour acquis l'appauvrissement du franchisé et l'enrichissement corrélatif du franchiseur, retrouvant un achalandage revalorisé. Ce déplacement de valeur est-il dépourvu de cause juridique ? La réponse est évidemment négative. C'est bien à cause de la clause de non-concurrence que le franchisé se trouve appauvri et grâce à elle que le franchisé s'enrichit... En somme, « *tandis que l'élément matériel – la dépossession – suppose la validité de la clause de non-concurrence, l'élément juridique – absence de cause – implique[rait] sa nullité* »⁷⁸³. Cette contradiction inhérente à la solution semble difficilement pouvoir être dépassée. Avec talent, certains ont pu soutenir que la clause de non-concurrence n'était pas une cause suffisante au déplacement de valeur : « *quoique valable, une clause de non-concurrence non rémunérée ne tient pas lieu de cause juridique à l'enrichissement du franchiseur* »⁷⁸⁴. Cette analyse semble effectivement la seule à permettre la compréhension de la solution, mais il demeure difficile d'admettre qu'une telle innovation, dont la portée dépasserait largement celle de la franchise et des clauses de non-concurrence, puisse être le fruit d'une décision non publiée émanant de la Chambre commerciale. Rattacher la solution à la théorie de l'enrichissement sans

779 V. supra, n° 239.

780 M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, n° 17.

781 Ibid.

782 V. Cass. Civ., 17 mai 1944, S., 1944, 1, 132. Dans le même sens, M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, n° 30.

783 N. Dissaux, « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *JCP G*, 2007, II, 10211.

784 Ibid.

cause relève donc de la haute voltige et il paraît difficile de fonder une solution aux conséquences aussi importantes sur des bases juridiques si fragiles. Ce constat amène certains auteurs à une lecture plus audacieuse encore de l'arrêt, estimant que ce dernier procède à la création d'un nouveau quasi-contrat.

a-2. La création d'un nouveau quasi-contrat ?

370. On ne peut que suivre le Professeur Pierre-Yves Gautier lorsqu'il conclut à l'inadéquation entre le mécanisme des quasi-contrats traditionnels et la solution retenue. Le recours à l'enrichissement sans cause apparaît fort délicat pour les raisons que nous venons d'exposer. La répétition de l'indu n'est même pas envisageable, le franchiseur n'ayant rien reçu qu'il doit restituer. Enfin la gestion d'affaires, au-delà du problème de l'existence d'un lien juridique entre le « gérant » et le « géré », pose le problème de la connaissance de l'agrément préalable des agissements du franchiseur par le franchisé⁷⁸⁵. On ajoutera, plus simplement encore, que la Cour de cassation vise l'article 1371 du Code civil et non pas les articles 1372 à 1375. Finalement, la seule interprétation permettant d'expliquer de façon pleine et entière la solution revient à considérer avec le Professeur Philippe Stoffel-Munck que l'article 1371 fait ici figure de *Deus ex machina* permettant à la Cour de cassation de tailler sur mesure une réponse à la problématique spécifique du franchisé débiteur de non-concurrence. D'un point de vue juridique néanmoins, cette explication s'avère « *purement descriptive* »⁷⁸⁶ et « *présente le défaut de ne rien expliquer* »⁷⁸⁷... Au reste, chacun s'accorde à penser que « *la consécration d'une nouvelle catégorie d'obligation quasi contractuelle est une décision de politique juridique à laquelle un arrêt non publié peut difficilement servir de titre de naissance* »⁷⁸⁸. Et si, finalement, cet arrêt du 9 octobre 2007 n'était rien de plus que ce qu'il prétend être : un arrêt d'espèce non publié ?

b. Une solution rapidement abandonnée

371. **Arrêt de la Cour d'appel de renvoi.** Il est regrettable que l'enthousiasme des commentateurs pour cette décision soit retombé assez rapidement et n'est pas suffi à tenir la communauté des juristes en haleine jusqu'à ce que la décision de la Cour d'appel de renvoi ne soit rendue. Celle-ci, inédite⁷⁸⁹, est riche d'enseignements sur la portée de l'arrêt du 9 octobre 2007. Les magistrats de la Cour d'appel de Paris y développent la motivation suivante : le franchisé « *ne saurait donc utilement se prévaloir d'un quelconque droit privatif sur cette clientèle d'abonnés SFR dès lors que celle-ci est exclusivement attachée aux prestations offertes par l'intimée, telles que les offres de service, les promotions ou la couverture géographique du réseau, fruits des investissements réalisés*

785 P.-Y. Gautier, « Intérêt commun, analogie ou quasi-contrat ? Le franchisé reçoit enfin une indemnité compensatrice », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *RTD civ.*, 2008, 11, p. 119.

786 N. Dissaux, « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *JCP G*, 2007, II, 10211.

787 Ibid.

788 P. Stoffel-Munck, « La clause de non-concurrence pesant sur le franchisé emporte-t-elle obligation de l'indemniser pour perte de clientèle ? », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *Comm. com. électr.*, 2008, 33, comm. 42.

789 C.A. Paris, 16 septembre 2009, Sté ETE c/ Sté SFR, n° 08/23780 : Inédit, disponible sur LexisNexis.

par l'intéressée, étant observé que les souscripteurs d'abonnements auprès de cette dernière n'ont eux-mêmes aucun lien juridique avec la société Été même si le contrat lui-même a été conclu dans les locaux de celle-ci et par son intermédiaire ; que, par suite, aucune perte ou détournement de clientèle ne saurait être utilement invoqué à ce titre par l'appelante ; que, par ailleurs, le non-renouvellement des contrats conclus avec la société SFR est sans incidence sur la clientèle directement attachée au fond exploité par la société Été »⁷⁹⁰. On remarque sans peine l'influence majeure de l'analyse du Professeur Didier Ferrier sur la solution finalement retenue⁷⁹¹.

372. Et, finalement, on en revient malheureusement au vieux débat sur la titularité de la clientèle⁷⁹²... Selon la Cour d'appel, les clients fréquentant l'établissement franchisé le font en raison « [des] offres de service, [des] promotions ou [de la] couverture géographique du réseau » du franchiseur. Objectera-t-on qu'une certaine partie des consommateurs souscrit peut-être un abonnement chez tel ou tel opérateur, car la boutique franchisée est située proche de leur domicile et qu'ils trouvent ainsi commode de privilégier celui-ci par rapport à la concurrence ? Ou encore parce que le service offert par la boutique franchisée est efficace et aimable. Et faudra-t-il nommer un expert pour savoir quelle part de la clientèle privilégie ces critères et quelle part privilégie au contraire l'attrait de la marque du franchiseur ? Faudra-t-il même sonder le for intérieur de chaque client pour savoir lequel de ces éléments est déterminant dans son choix, pour ainsi savoir s'il est client du franchisé ou du franchiseur ? On croirait lire l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire du Bistro de la Gare⁷⁹³ ! Comme si, au fond, l'arrêt Trévisan n'avait rien changé... En somme, la Cour d'appel de renvoi ayant balayé d'un revers de main l'argumentation de la chambre commerciale, il semble difficile de voir dans la décision du 9 octobre 2007 le revirement de jurisprudence que l'on avait pu espérer à l'époque. Plus radicale encore, la Cour de cassation – que la contradiction n'effraie manifestement pas – statuant à nouveau dans cette affaire a entériné cette position dans un arrêt du 23 octobre 2012⁷⁹⁴. Au franchisé qui reprochait à la Cour d'appel de renvoi d'avoir écarté l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause, la Cour de cassation répond que « *les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'en-*

790 Ibid.

791 Ce dernier relevait dès 2008 à propos de l'arrêt de la Cour de cassation que : « *l'appauvrissement ne saurait donc porter sur cette clientèle de téléphonie mobile directement attachée au franchiseur, pas plus que sur la clientèle de téléphonie mobile elle aussi directement attachée selon les mêmes modalités aux concurrents du franchiseur* » (D. Ferrier, « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence », note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, *D.*, 2008, p. 388). Si nous avons pu expliquer en quoi cette analyse ne nous paraissait pas totalement satisfaisante (v. n° 232), il faut bien reconnaître qu'elle est désormais de droit positif.

792 V. supra, n° 233.

793 C.A. Paris, 6 février 1996, Sté Paris Sud Location c/ Dame Agopyan, *D.*, 1996, I.R., n° 77, *Administrer*, 1996, n° 279, p. 6 et s., note Belot, *RDI*, 1996, n° 18, p. 289, note Collart-Dutilleul, *RF compt.*, 1996, n° 280, p. 48 et s., note Fabre.

Pour davantage de précisions sur cette décision, v. n° 234.

794 Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire relative aux ententes », *D.*, 1993, chron., p. 51

richissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties »⁷⁹⁵. Même les commentateurs les plus critiques ne peuvent que constater l'orthodoxie dont fait preuve cette décision⁷⁹⁶, laquelle ne peut que contraster avec la position précédente de la Cour régulatrice. Aussi, semble-t-il manifeste que l'enrichissement sans cause n'est probablement pas le fondement adapté à la reconnaissance d'une indemnité au franchisé évincé. D'autres voies sont cependant possibles et mériteraient d'être davantage explorées.

B. L'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

373. L'article L. 442-6 du Code de commerce, retouché par la loi du 4 août 2008 dispose désormais qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Compte tenu du caractère relativement récent de cette disposition, il est permis de s'interroger sur la possibilité éventuelle d'une application à la problématique spécifique de la clause de non-concurrence **(1)**, avant d'envisager les sanctions qui pourraient en découler **(2)**.

1. Le contrôle de la clause de non-concurrence post-contractuelle par l'article L. 442-6 du Code de commerce

374. Si l'article L. 442-6 du Code de commerce traite explicitement de la clause de non-concurrence en son paragraphe II, e, celui-ci n'est d'aucun secours aux franchisés **(a)**. En revanche, le paragraphe I, 2° qui introduit la notion de déséquilibre significatif pourrait se révéler porteur de nombreuses possibilités **(b)**.

a. L'exclusion du contrat de franchise par l'article L. 442-6, II, e

375. Si l'article L. 446-6 envisage la question du contrat de franchise, c'est d'abord pour l'exclure de son champ d'application. Ainsi, l'article L. 442-6, II, e prohibe-t-il le fait « *d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés [...] un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans* ». On devine assez facilement les

795 Ibid.

796 N. Dissaux, « Propos orthodoxes sur l'indemnité de clientèle du distributeur évincé », note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, *D.*, 2012, p. 2862. Dans le même sens, N. Mathey, « L'enrichissement du fournisseur avait une cause », note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 6 et D. Sassolas, « Rupture du contrat de distribution et enrichissement sans cause », note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, *JCP E*, 2013, 1068

intentions du législateur à la lecture du texte : assurer une plus grande protection des commerces de proximité aux surfaces de vente relativement peu importantes, face à leurs fournisseurs. Le texte est donc destiné à « empêcher que la clause de non-concurrence entrave les possibilités de reconversion du petit distributeur en accentuant sa dépendance économique »⁷⁹⁷. Toutefois, le texte précise n'avoir pas vocation à s'appliquer au revendeur lié directement ou indirectement « par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire ». Bien évidemment, le contrat de franchise ne peut se réduire à un contrat de licence de marque ou de licence de savoir-faire⁷⁹⁸. Il ne peut pas plus se résumer à la simple superposition de ces deux formules, mais celles-ci en sont indéniablement les composants principaux. Aussi, il semble relativement clair que cette restriction emporte, de facto, l'exclusion du contrat de franchise du champ d'application de l'article L. 442-6, II, e⁷⁹⁹. Une telle exclusion semble d'autant plus justifiée que l'on voit mal pour quelle raison les clauses de non-concurrence post-contractuelles seraient automatiquement prohibées dans les contrats de franchise en dessous du seuil arbitraire des 300 mètres carrés, et a priori licites pour les surfaces franchisées plus importantes. Si la surface de vente peut apparaître comme un critère pertinent dans le cadre des relations fournisseur-distributeur, elle ne l'est nullement en ce qui concerne les relations franchisé-franchiseur. Le Professeur Didier Ferrier justifie ainsi l'exclusion du contrat de franchise par la nécessité de « préserver l'économie des contrats de distribution tels que la franchise ou la concession exclusive qui emportent des relations étroites et souvent lourdes entre fournisseur et distributeur justifiant des aménagements à l'occasion de leur rupture »⁸⁰⁰. Notons toutefois la formulation plus surprenante d'une doctrine des plus autorisée qui semble considérer l'article L. 442-6, II, e applicable au contrat de franchise. Le Professeur Dominique Legeais estime ainsi dans le fascicule qu'il consacre au contrat de franchise que « deux pratiques restrictives énoncées par l'article L. 442-6 sont susceptibles de s'appliquer au contrat. [...] La seconde est celle introduite par la loi de modernisation de l'économie. L'article L. 442-6, II, e sanctionne le fait d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieur à 300 mètres carrés qu'il approvisionne, mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité

797 Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 136.

798 Sur ces distinctions, v. nos propos introductifs, n° 15 et s.

Notons simplement ici que la franchise se distingue de la simple licence de marque, en ce qu'elle permet au franchisé de bénéficier, au-delà d'un droit d'usage sur la marque, du savoir-faire et de l'enseigne du franchiseur (v. par exemple C.A. Nîmes, 17 avril 2008, SARL DG Avignon c/ SARL L.C. Amazonia, JurisData n° 2008-363533). Symétriquement, la franchise ne peut se résumer à une licence de savoir-faire (v. notamment P. Devésa et E. Boyé, « Savoir-faire – Contrat de savoir-faire non breveté », Fascicule n° 1860, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 1 à 33).

799 En ce sens, Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009, n° 136 : « ce cas de nullité [...] ne concerne ni la franchise ni la concession exclusive ».

800 D. Ferrier et D. Ferré, « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234, n° 24.

d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans. »⁸⁰¹ Il nous semble cependant, malgré l'autorité attachée à cette plume, que l'article L. 442-6, II, e ne peut recevoir application en la matière, pour les raisons exposées plus haut. L'article L. 442-6, I, 2° pourrait en revanche apparaître plus fertile.

b. La soumission de la clause de non-concurrence
à l'article L. 442-6, I, 2° ?

376. La généralité des termes employés par le texte ne permet de lui assigner quasiment aucune limite, si bien qu'on ne voit pas pourquoi il n'aurait pas vocation à s'appliquer au problème spécifique de la clause de non-concurrence (**b-1**). Toutefois, le texte se trouverait alors bien loin de son berceau natal, les relations entre grande distribution et leurs fournisseurs, si bien qu'il pourrait rapidement se révéler d'un manie-ment délicat, notamment s'agissant des sanctions qu'il préconise (**b-2**).

b-1. Un texte d'une généralité déroutante

377. Il est clair que l'intention du législateur, lors de la création de l'article L. 442-6, I, 2° n'était en rien de résoudre le problème de la clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise. La préoccupation était davantage de tenter de remédier à l'arlésienne que constituent les relations entre les grandes enseignes de la distribution et leurs fournisseurs⁸⁰². Constatant l'échec relatif de la notion d'abus de relation de dépendance prévue en son temps par l'article L. 442-6, I, 2° , b, interprété de façon relativement restrictive par la jurisprudence⁸⁰³, les parlementaires ont opté pour une sanction beaucoup plus large du déséquilibre qui préside souvent à la négociation entre les principales enseignes de distribution et leurs fournisseurs. Sur le credo « *négocié, ce n'est pas étranglé* »⁸⁰⁴, le gouvernement entendait restaurer une concurrence plus saine dans l'intérêt du consommateur. Finalement, cependant, le texte adopté est bien plus large que l'objectif auquel il entendait initialement répondre. L'article L. 442-6, I, 2° ne se limite ainsi pas à une relation fournisseur/distributeur, mais a au contraire vocation à régir toute relation commerciale. Le texte vise à protéger le « *partenaire commercial* » des éventuels abus d'un « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers ». On imagine donc mal qu'il puisse ne pas s'appliquer aux relations entre franchiseur et franchisé.

378. Plus délicate en revanche est la question de savoir si l'application de ce texte nécessite la démonstration préalable d'un état de dépendance économique, lequel serait une des causes du « déséquilibre significatif » dans les obligations des parties. A cet égard, la formulation de l'ancien article L. 442-6, I, 2° , b imposait non seulement la constatation de « *conditions commerciales ou [d'] obligations injustifiées* », mais également la preuve préalable que celles-ci étaient la conséquence d'un abus de la relation de dépendance dans laquelle était tenu le partenaire ou d'un abus de la puissance d'achat

801 D. Legeais, « Franchise », Fascicule n° 316, in *J.-Cl. Commercial*, 2009, n° 8.

802 C'est dans ce cadre que ce texte sera étudié plus en détail, infra n° 725 et s.

803 D. Ferrier et D. Ferré, « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234, n° 18.

804 <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cpro/07-08/c0708047.asp>

ou de vente⁸⁰⁵. Rien de tel dans la lettre du nouvel article L. 442-6, I, 2° qui se contente de faire référence à la soumission ou à la tentative de soumission du partenaire à un déséquilibre commercial. Toutefois, oublier toute référence à la relation de dépendance économique serait sans doute aller un peu vite en besogne. Comme le fait remarquer le Professeur Martine Behar-Touchais, le texte n'exige pas expressément cette condition, mais « *il emploie par deux fois le verbe 'soumettre', et incite donc à penser que la situation visée est bien celle d'un contractant économiquement plus puissant que l'autre, sans pour autant qu'il y ait dépendance économique* »⁸⁰⁶. Effectivement, littéralement, la soumission implique le placement sous autorité, sous dépendance. En réalité, il serait sans doute hasardeux de considérer que le texte impose véritablement la preuve préalable d'une relation de dépendance. Sans doute, dans l'esprit du législateur, « *la condition est implicite pour que soit imposé un déséquilibre défavorable* »⁸⁰⁷. On imagine mal en effet un agent économique, doué d'une intelligence normale, accepter une obligation significativement déséquilibrée, alors qu'il aurait été en mesure de la négocier. Davantage que la relation de dépendance, la jurisprudence s'attachera donc sans doute à vérifier que le partenaire n'avait pas la possibilité de négocier le contrat déséquilibré. Ceci, in fine, renvoie plus à la catégorie des contrats d'adhésion qu'à la notion de relation de dépendance. Les premières applications du texte couvrent d'ailleurs de telles hypothèses⁸⁰⁸.

379. Ainsi interprété, aucun obstacle formel ne semble se dresser à l'application de l'article L. 442-6, I, 2° aux relations entre franchisé et franchiseur. Reste toutefois le problème d'ordre téléologique, le législateur n'ayant nullement entendu légiférer sur la question du contrat de franchise et moins encore sur celle, plus spécifique, de la clause de non-concurrence. Au reste, tandis que la lettre du texte ainsi que l'analogie avec le droit de la consommation invitent à un examen du déséquilibre clause par clause⁸⁰⁹, la jurisprudence semble lui préférer une vision plus globale de l'ensemble du contrat⁸¹⁰. Une telle analyse est évidemment moins favorable à l'obtention de la nullité d'une

805 L. 442-6, I, 2°, b

806 M. Behar-Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009, no 1, p. 202.

807 D. Ferrier et D. Ferré, « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234, n° 19.

808 T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama, *D.*, 2010, p. 1000, note J. Sénéchal, *RTD civ.*, 2010, 324, obs. Fages, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall, *RDLC*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny, *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais.

Voir principalement le commentaire de Nicolas Mathey, lequel expose qu'« à strictement parler, les juges lillois ne font pas de la dépendance une condition d'application du texte. Elle constitue davantage un élément d'appréciation du déséquilibre et non une condition formelle », relevant en outre que « le tribunal semble accorder de l'importance au caractère négocié ou non des clauses » (N. Mathey, note sous T.G.I. Lille, 6 janvier 2010, *Contrats, conc. consom.*, 2010, 33, p. 21).

809 En ce sens, M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc. consom.*, 2008, no 11, dossier 5, n° 21 et s.

810 En ce sens, v. notamment N. Mathey, note sous T.G.I. Lille, 6 janvier 2010, *Contrats, conc. consom.*, 2010, 33, p. 21.

clause aussi spécifique que la clause de non-concurrence qui, elle seule s'avère déséquilibrée au sein d'un ensemble contractuel bien plus vaste qui, lui, ne révèle souvent pas de « déséquilibre significatif ». Finalement, ainsi appliqué, l'article L. 442-6, I, 2° soulève des problématiques similaires à celles rencontrées à propos de la cause⁸¹¹. Certes, il sera donc sans doute difficile de parvenir à une solution uniforme et généralisée quant au sort de la clause de non-concurrence dans le contrat de franchise sur le fondement de ce texte, ne serait-ce que par l'immense marge d'appréciation à laquelle conduit la notion de « déséquilibre significatif ». Il n'est pas interdit de penser cependant que l'introduction de ce texte permettra de sanctionner, au coup par coup, certaines clauses de non-concurrence insérées dans des contrats de franchise par des franchiseurs peu scrupuleux. Reste à déterminer quel type de sanction pourrait être autorisé par une telle utilisation du texte.

b-2. Un texte aux sanctions inadaptées

380. La lecture du texte conduit de prime abord à penser que la mise en jeu de la responsabilité du stipulant est la seule sanction susceptible de découler de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Validé par le Conseil constitutionnel, le texte permet donc d'imaginer une nouvelle voie d'indemnisation des franchisés débiteurs d'une clause de non-concurrence (**b-2-1**). Au-delà de cette sanction de principe, une interprétation plus audacieuse du texte permet de déduire que la victime du déséquilibre significatif serait aussi en droit de réclamer la nullité des clauses engendrant ledit déséquilibre (**b-2-2**).

b-2-1. La sanction de principe : la mise en jeu de la responsabilité du stipulant

381. L'article L. 442-6 débute ainsi : « *engage la responsabilité de son auteur et l'engage à réparer le préjudice causé [...]* », avant d'énumérer les multiples cas de comportements incriminés. C'est ensuite le III du texte qui se charge de préciser modalités de mise en œuvre de cette responsabilité. Peuvent notamment être sollicités par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public, outre la cessation des pratiques en cause, le prononcé d'une amende civile plafonnée à 2 millions d'euros ou au triple des sommes indûment versées, mais encore la publication de la décision. Plus qu'une sanction civile, ce sont de véritables peines qu'instigie le texte. Ce constat a conduit certains plaideurs à solliciter l'avis du Conseil constitutionnel sur ce texte, estimant qu'il s'accommodait mal des exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. On peut en effet s'interroger sur la conformité d'une notion aussi vague que celle de « déséquilibre significatif » avec le principe de légalité des délits et des peines. Les Sages ont toutefois estimé le texte conforme à la Constitution remarquant notamment « *qu'au regard de la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* »⁸¹². Comme l'on fait remarquer certains, il est en effet indéniable que le juge

811 V. supra, n° 337.

812 Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, D., 2011, p. 415, note Picod

n'est pas jeté dans l'inconnu face à la notion de « déséquilibre significatif ». Largement inspirée de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, la notion est encore reprise par l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations ainsi que par celui du groupe Terré⁸¹³. Au-delà, le Doyen Yves Picod remarque non sans pragmatisme qu'il est « impossible pour le législateur d'inventorier tous les comportements abusifs sans s'en remettre à l'appréciation concrète du juge, d'autant que l'imagination des commerçants est fertile en la matière et qu'elle nécessite une réactivité permanente »⁸¹⁴.

382. Possibilité d'une indemnisation, cas par cas. Ainsi validé, le texte ouvre un certain nombre de perspectives qu'il ne faut pas sous-estimer. Ne peut-on pas imaginer un franchisé victime d'une clause restrictive de concurrence l'entravant dans ses activités futures faire plaider que celle-ci tombe sous le coup des dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ? Il ne nous paraît pas aberrant de soutenir qu'une telle stipulation crée, parfois voire souvent, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En pareil cas, pourquoi – comme y invite clairement le texte – ne pas accorder au franchisé des dommages et intérêts afin de réparer le préjudice ainsi subi ? Une telle voie aurait, selon nous, des avantages non négligeables. Tout d'abord, une telle solution est possible, à droit constant, et ne nécessite – contrairement aux solutions précédemment envisagées aucun bouleversement pas plus qu'elle ne sollicite de notion nouvelle. Ensuite, en pareil cas, l'indemnisation de la clause ne serait pas automatique, mais limitée au cas où elle apparaît déséquilibrée et préjudiciable au franchisé. Enfin, l'utilisation de l'article L.442-6 aurait l'avantage de préserver la sécurité juridique dans la mesure où la validité de la clause n'est pas atteinte par l'exigence d'une contrepartie financière, ce qui aurait le mérite d'éviter un nouveau « tsunami sur les clauses de non-concurrence ». Il y a là, nous semble-t-il, une solution relativement mesurée, simple à mettre en œuvre, qui pourrait permettre de solutionner en grande partie les questions soulevées par le problème de l'indemnisation des clauses restrictives de concurrence pour l'après-contrat. On ne peut que regretter que cette voie n'ait pour l'instant pas été explorée par les plaideurs, ce qui aurait permis à la Cour de cassation de se prononcer. Gageons cependant que l'imagination des franchisés et de leurs conseils ne tardera pas à venir explorer cette piste.

b-2-2. La sanction alternative : la nullité de la clause ?

383. Du point de vue de la clause de non-concurrence, la sanction la plus classique et la plus efficace demeure cependant la nullité de la clause. La lettre du texte semble cependant réserver cette possibilité à l'initiative du ministre de l'Économie ou du ministère public⁸¹⁵. De fait, une telle restriction est évidemment de nature à réduire

813 Pour de plus amples développements, v. notamment Y. Picod, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », note sous Cons. const., 13 janvier 2011, *D.*, 2011, 415 et s.

814 Ibid.

815 Le texte dispose en effet : « Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présente article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou des contrats illicites ».

considérablement la portée du dispositif, voire en ce qui concerne la question des clauses de non-concurrence, à lui ôter tout intérêt. Cette solution n'est d'ailleurs pas sans poser de problèmes au niveau procédural, puisque le ministre ou le parquet ont la possibilité d'attaquer un contrat ou une clause, sans nécessairement recueillir l'assentiment de la partie « victime », ni même l'informer de l'action ou l'attirer en la cause. Or, de deux choses l'une, si le cocontractant est réellement considéré comme une victime, il serait cohérent qu'il puisse être entendu par le tribunal chargé de condamner l'auteur de la pratique restrictive. Une solution différente peut paraître contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. On peut à l'inverse considérer que « *si le ministre exerce l'action nullité sans le consentement de la victime, c'est que le ministre considère que celle-ci s'est entendue avec l'auteur de la pratique ou est à tout le moins complice dans l'illicite* »⁸¹⁶. Il devient dès lors impératif, sur le même fondement, d'entendre ce coauteur ou ce complice présumé. Pourtant, pour la Cour de cassation : « *l'action du ministre chargé de l'économie [...] qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé de l'amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* »⁸¹⁷. On comprend toutefois mal en quoi le fait que l'action du ministre ou du ministère public soit une action autonome, et par conséquent que la nullité soit une nullité absolue justifie que les parties à l'acte incriminé ne puissent être entendues. Les deux problèmes paraissent se situer à deux niveaux différents.

384. En revanche, le fait que le texte entende protéger un ordre public de direction emporte probablement une conséquence plus intéressante du point de vue de notre problématique. Bien que le texte réserve l'action en nullité aux seuls ministre et ministère public, l'application de l'article 6 du Code civil permettrait, selon certains, d'élargir cette action au cocontractant victime du déséquilibre. Ainsi, pour le Professeur Martine Behar-Touchais, « *dès lors que le contrat est susceptible d'être annulé à la demande du ministre, parce qu'il heurte l'ordre public économique, il peut l'être aussi nécessairement à la demande de l'une des parties au contrat, sur le fondement de l'article 6 du Code civil* »⁸¹⁸. Le raisonnement est aussi logique que séduisant. Il est cependant un peu hardi dans la mesure où la volonté du législateur était manifestement de limiter l'exercice de l'action en nullité aux pouvoirs publics et non au cocontractant lésé. L'article 6 du Code civil ne semble pas de nature à faire échec à cette volonté, sauf à lui reconnaître une portée supralégislative. La cohérence du texte voudrait toutefois

816 M. Bandrac, « A propos de l'action exercée par le ministre de l'Economie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique », *D.*, 2008, p. 3046 et s., n° 9.

817 Cass. Com., 8 juillet 2008, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Sté coopérative Groupement d'achats des centres Leclerc*, n° 07-16.761, *JurisData* n° 2008-044791 : *Bull. civ. IV*, n° 143, *D.*, 2008, p. 2067, note Chevrier, *D.*, 2008, p. 3046, note Bandrac, *D.*, 2008, p. 2749, note Bélaival et Salomon, *JCP E*, 2008, 2143, note Ballot-Léna, *Contrats conc. consom.*, 2008, comm. 37, note Malaurie-Vignal.

818 M. Behar-Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009, no 1, p. 202.

qu'un tel pouvoir soit reconnu au cocontractant, sans quoi l'article L. 442-6 serait très probablement le premier texte à instituer un cas de nullité absolu dont aucune des parties ne pourrait se prévaloir.



385. *De lege lata*, le régime de la clause de non-concurrence postcontractuelle en matière de contrats de franchise ne fait donc pas transparaître de particularismes fondamentaux. Quelques mécanismes singuliers peuvent toutefois être remarqués, lesquels trouvent pour la plupart leur origine dans la réception, par la pratique, du droit de la concurrence européen. C'est ainsi que l'on observe une généralisation de l'exigence d'une double limitation spatiale et temporelle, cette dernière étant bien souvent fixée à un an, y compris pour des contrats n'affectant en rien le marché européen. Sous ces réserves et conditions, la plupart des restrictions de concurrence justifiées par la protection d'un savoir-faire propre au réseau de franchise sont réputées proportionnées et valables. La réalité de ce savoir-faire est d'ailleurs appréciée, dans le cadre du contentieux de la clause de non-concurrence, de manière – sinon laxiste – à tout le moins fort compréhensive par les juridictions du fond, qui s'en tiennent le plus souvent à un examen relativement succinct et superficiel.

386. *De lege ferenda*, il nous semble en revanche que l'appréciation de la validité des restrictions de concurrence postcontractuelles est amenée à se modifier. À cet égard, il nous semble toutefois que le débat quant à l'indemnisation de la clause de non-concurrence n'est peut être pas le bon. Il demeure d'ailleurs essentiellement hexagonal. Plus fondamentalement, la Cour de cassation semble résolue à ne pas ériger la contrepartie financière en condition de validité de la clause. Tout au plus en a-t-elle fait, dans un arrêt⁸¹⁹, une modalité d'exécution de la clause. Toutefois, les difficultés pratiques et théoriques inhérentes à une telle position semblent avoir fait renoncer la cour régulatrice. À dire vrai, il est incontestable que la perte de son affiliation au réseau fera perdre au franchisé une part de sa clientèle, davantage attachée à l'enseigne ou à la marque, mais ce mécanisme est étranger à la clause de non-concurrence. Cette perte de clientèle n'est d'ailleurs pas, sur le plan de l'équité, particulièrement choquante et l'on conçoit mal qu'elle puisse donner lieu à indemnisation. Selon l'expression du Professeur Didier Ferrier, elle ne revient qu'à « rendre à César ce qui appartient à César »⁸²⁰.

819 Cass. Com., 9 octobre 2007, Sté ETE c/ Sté SFR, n° 05-14.118, JurisData n° 2007-040801, *RDC*, 2008, n° 2, p. 410, note Behar-Touchais, *JCP G*, 2007, II, p. 10211, note Dissaux, *RTD civ.*, 2008, p. 300, obs. Fages, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40, note Ferré et Deberdt, *D.*, 2008, p. 388, note Ferrier, *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119, note Gautier, *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355, note Kenfack, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6, note Mainguy et Depincé, *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298, note Malaurie-Vignal, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42, note Stoffel-Munck.

820 D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI*, 1977, II, p. 12441 et s.

387. Se pose en revanche de façon particulièrement aiguë la question du maintien de l'activité du franchisé. Que ce dernier perde une fraction de sa clientèle ne choque pas. Qu'il en perde la totalité et que la cessation du contrat de franchise entraîne la disparition de son fonds de commerce apparaît intolérable. C'est pourtant ce à quoi aboutit souvent l'insertion d'une clause restrictive de concurrence. À cet égard, deux décisions de la chambre commerciale de la Cour de cassation, respectivement des 12 mars 2002⁸²¹ et 9 juin 2009⁸²², nous semblent particulièrement intéressantes. Ces deux arrêts déplacent le débat sur le terrain de la proportionnalité de la clause et en reformulent la problématique en ces termes : une clause restrictive de concurrence est-elle proportionnée lorsqu'elle a pour conséquence de priver le franchisé de son fonds de commerce ? Les deux décisions répondent catégoriquement par la négative, ce que l'on ne peut qu'approuver. Ainsi, à notre sens, l'évolution tant prévisible que souhaitable du droit sur cette question passe par une appréciation plus circonstanciée et approfondie de la proportionnalité de la clause. Toute clause mettant le franchisé « *dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce* »⁸²³ nous paraît devoir être annulée comme disproportionnée, ce quelle que soit la justification et l'intérêt légitime invoqués par le franchiseur. Une telle solution n'est en réalité que le renforcement de principes déjà affirmés, et éviterait tout tsunami juridique. Ses effets n'en seraient pas moins importants. On imagine ainsi que, dans des secteurs comme la grande distribution, toute clause restrictive de concurrence serait à bannir. Dans d'autres domaines, où le franchisé peut encore poursuivre son activité sans affiliation à un réseau concurrent, à l'instar de l'hôtellerie ou de la restauration traditionnelle, une clause de non-réaffiliation serait envisageable tandis qu'une clause de non-concurrence classique ne le serait pas. Enfin, dans de très rares hypothèses, une clause de non-concurrence qui permettrait toutefois, à son issue, au franchisé de recouvrer une part significative de sa clientèle pourrait être validée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

388. **Absence de protection légale satisfaisante du savoir-faire.** Stipulation des plus controversées, de nombreuses justifications ont été proposées à l'insertion de clauses de non-concurrence dans les contrats de franchise. Naturellement, la concurrence de l'ancien franchisé présente, pour le franchiseur une dangerosité particulière contre laquelle il convient de lui donner les moyens de lutter. Nous nous sommes,

821 Cass. Com., 12 mars 2002, Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas, n° 99-14.762, JurisData n° 2002-013658 : Inédit.

822 Cass. Com., 9 juin 2009, Sté Perrosdis c/ Sté Casino Distribution France, n° 08-14.301, *LPA*, 2010, n° 2, p. 11, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 221, note Malaurie-Vignal.

823 L'expression est empruntée à l'arrêt du 9 juin 2009.

dans un premier temps, demandé si les moyens légaux mis à disposition du franchiseur étaient réellement insuffisants. La réponse ne peut être catégorique, mais il est possible de soutenir que, dans l'ensemble, les protections légales issues notamment du droit de la propriété intellectuelle et industrielle permettent d'atteindre un degré acceptable de protection de la plupart des éléments attractifs de clientèle composant le fonds de commerce du franchiseur. Reste toutefois que le droit positif demeure relativement inadapté à la protection du savoir-faire, qu'il peine à organiser.

389. Les franchisés sont les clients du franchiseur, le consommateur est le client du franchisé. Or, c'est précisément le savoir-faire, objet du contrat de franchise, qui nous est apparu constituer l'unique justification valable à l'insertion de clauses de non-concurrence. Ce résultat découle de la constatation selon laquelle la clientèle des consommateurs finals, fréquentant l'établissement de ce dernier doit inévitablement être considérée comme la clientèle du franchisé. À l'inverse, les franchisés constituent probablement les clients du franchiseur. Dès lors, la réinstallation de l'ancien franchisé ne fait courir que peu de risque à la véritable clientèle du franchiseur. La protection de la clientèle n'apparaît donc pas comme une justification pertinente des clauses restrictives de concurrence à l'issue du contrat en matière de franchise. Seule la préservation du savoir-faire est donc susceptible de justifier l'atteinte à la liberté économique du franchiseur que constituent de telles clauses.

390. Nullité de la clause privant le franchisé de son fonds de commerce. Un tel raisonnement rejaillit nécessairement sur l'appréciation du régime des clauses restrictives de concurrence. S'agissant des limitations spatiales et temporelles, l'appréciation se révèle relativement classique en dépit de l'attrait inexorable du droit européen qui fait en pratique office de droit commun. En revanche, il nous paraît indispensable de parvenir à une approche plus rigoureuse du critère de proportionnalité de la clause, qui doit être apprécié au regard de l'atteinte aux libertés et patrimoine du franchisé. Il nous semble en effet difficile d'admettre qu'une clause privant un franchisé de son fonds de commerce puisse être considérée comme proportionnée à la préservation d'un savoir-faire, aussi substantiel soit-il. Or, en l'état du droit positif, l'immense majorité des clauses de non-concurrence et une bonne part des clauses de non-réaffiliation aboutissent à une telle dépossession du franchisé, que la plupart des juridictions considèrent comme légitime et proportionnée. Au contraire, nous proposons de systématiser et de renforcer une position que la Cour de cassation a déjà, par deux fois, faite sienne : toute clause restrictive de concurrence plaçant le franchisé « *dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce* »⁸²⁴, « *ne satisfait pas l'équilibre à maintenir entre la protection de la clientèle du franchiseur et la liberté d'entreprendre [du franchisé]* »⁸²⁵ et doit, par voie de conséquence, être annulée.

824 Cass. Com., 9 juin 2009, Sté Perrosdis c/ Sté Casino Distribution France, n° 08-14.301, *LPA*, 2010, n° 2, p. 11, note Dissaux, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 221, note Malaurie-Vignal.

825 C.A. Toulouse, 1er mars 1999, Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas, JurisData n° 1999-040352, confirmé par Cass. Com., 12 mars 2002, Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas, n° 99-14.762, JurisData n° 2002-013658 :

391. Pas d'indemnisation des (rares) clauses sauvegardant le fonds du franchisé.

Ainsi, le débat quant à une éventuelle indemnisation de la clause de non-concurrence nous semble être un faux débat. La perte ponctuelle d'une part de la clientèle à raison de la marque n'est, en soi, ni choquante ni inéquitable. Qu'une part de la clientèle soit attachée à la marque et décide de la suivre est le jeu normal de la concurrence dans une économie de marché. De la même manière, le départ d'un salarié jouissant d'un bon contact avec la clientèle est susceptible d'entraîner le départ de quelques clients. Personne toutefois ne songera à en solliciter l'indemnisation. En revanche, que la clause aboutisse à la destruction totale du fonds du franchisé est intolérable et dépasse le cadre d'un contentieux privé qui pourrait être soldé par une simple indemnisation. C'est alors l'ensemble de l'ordre public économique qui est atteint. Une seule forme de réparation est susceptible de le restaurer : la nullité de la clause. Au risque de décevoir les deux clans – partisans et opposants à l'indemnisation des clauses de non-concurrence –, nous défendons donc une troisième voie, peut-être plus subversive : absence d'indemnisation des rares clauses justifiées et proportionnées ; nullité de celles qui privent le franchisé de son fonds de commerce.

Chapitre 2

Le contrôle du comportement des parties à l'issue du contrat

392. L'intervention du droit de la concurrence au dénouement du contrat de franchise se manifeste à deux niveaux. Pareillement à ce qui a été abordé au cours de la première partie de cette étude, la position de force occupée par le franchiseur peut laisser craindre que la rupture du contrat ne se fasse pas dans des conditions des plus loyales. C'est ainsi que, endossant une nouvelle fois un rôle de rééquilibrage des relations commerciales, le droit de la concurrence a pour vocation d'encadrer les circonstances et modalités de la rupture du contrat (**Section I**). Cette mission ne se limite toutefois pas au seul moment de la rupture à proprement parler. Le droit de la concurrence, et principalement le droit de la concurrence déloyale, a vocation à régir et à encadrer le comportement dans les suites de cette rupture (**Section II**). Au final, le processus de rupture ne sera pleinement achevé que lorsque les anciennes parties seront devenues entre elles, autant que faire se peut, de véritables tiers. Il sera alors temps d'aborder la seconde partie de cette étude.

SECTION I. L'ENCADREMENT DES CIRCONSTANCES DE LA RUPTURE

393. La fonction régulatrice des relations entre les partenaires contractuels du droit de la concurrence se montre extrêmement prégnante au moment de la rupture des relations entre franchisé et franchiseur. Tandis que le droit des obligations apparaît comme le berceau naturel de l'encadrement du dénouement du lien contractuel (**I**), ce dernier

est en réalité totalement supplanté par le droit de la concurrence qui constitue, ici plus qu'ailleurs, une source incontestable du droit des obligations (II).

I. L'ENCADREMENT DE LA RUPTURE ABUSIVE PAR LE DROIT DES OBLIGATIONS

394. Contrats de franchise à durée déterminée ou indéterminée. Fort logiquement, l'encadrement de la rupture du contrat de franchise se fait principalement non point sur le terrain contractuel, mais bien délictuel. Il en est ainsi dans la mesure où « *en cas de résiliation abusive, le contrat cesse d'exister et de produire effet. Après sa disparition, le contrat ne peut plus déterminer la nature de la responsabilité qui est d'ordre délictuel* »⁸²⁶. Néanmoins, le contrat n'est pas sans influence sur le régime de cette rupture : que le contrat soit à durée déterminée (A) ou indéterminée (B) modifie largement les droits dont dispose le franchisé et – corrélativement – la protection que lui accorde le droit de la concurrence.

A. Le faible encadrement des circonstances de l'issue du contrat de franchise à durée déterminée

395. Le contrat à durée déterminée semble être la voie choisie par la majorité des réseaux de franchise. Cette formule est en effet gage de stabilité pour le franchisé, assuré – a minima – de pouvoir exploiter l'enseigne le temps de procéder à l'amortissement de ses investissements⁸²⁷. À l'inverse, le franchiseur dispose ainsi de la certitude d'une implantation de son réseau pour une durée donnée. Ces enjeux sont majeurs pour le droit de la concurrence qui ne peut y rester indifférent : un tel débat avait parfaitement été illustré dans le cadre des commentaires suscités par l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010. Afin de favoriser la mobilité des franchisés, l'Autorité y suggérait de limiter la durée des contrats à cinq ans. Toutefois, comme le soulignait Madame le Professeur Martine Behar-Touchais, dans le cadre d'un colloque organisé par la Cour de cassation, « *plus on va réduire la durée du contrat, plus on va desservir les intérêts de celui que l'on veut protéger. Le franchisé affilié qui veut faire des investissements sera beaucoup moins protégé par une durée de cinq ans sans tacite reconduction que par une durée de dix ans.* »⁸²⁸ En somme, en matière de contrat à durée déterminée,

826 J. Guyenot, « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in Paul Durand, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J., 1960, p. 238.

827 Il est d'ailleurs intéressant de constater que, dans son avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence n'envisage que la possibilité de contrats de franchise à durée déterminée et concentre sa réflexion sur le point de savoir si ces durées sont ou non adaptées (Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26).

828 M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s., n° 14

la situation est relativement simple : le franchisé se trouve dans une relative précarité dans la mesure où il ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement (1), ce qui n'exclut toutefois pas que les relations contractuelles puissent se poursuivre au-delà du terme convenu (2).

1. *L'absence de droit au renouvellement du franchisé*

396. La protection du franchisé à l'issue du contrat à durée déterminée est relativement faible, dans la mesure où – en dépit de certaines sollicitations doctrinales – le franchiseur demeure parfaitement libre de ne pas reconduire le contrat (a), sans d'ailleurs que la jurisprudence n'impose une exigence de motivation pour ce faire (b).

a. *L'absence de faute dans le non-renouvellement du contrat*

397. Carbonnier constate qu'« à une époque où le mariage s[est] peut-être trop transformé en contrat, certains [ont] rêvé de transformer tout contrat en mariage »⁸²⁹. La franchise ne fait pas exception, et le divorce entre franchiseur et franchisé apparaît d'autant plus difficile que la relation entre les deux partenaires économiques aura été longue et fructueuse. Aussi, comme le fait justement remarquer l'auteur d'une thèse sur la rupture brutale des relations commerciales, l'essor de la loyauté contractuelle et de l'exigence de bonne foi conduit à penser que « ne saurait être blâmé celui qui, après parfois de (très) longues années d'une collaboration fructueuse, souhaite savoir pourquoi il se retrouve finalement mis hors jeu »⁸³⁰ et que « doit à l'inverse assurément encourir la critique celui qui, sans aucune explication, évince un partenaire ayant pourtant par hypothèse fait preuve de fidélité et/ou d'efficacité »⁸³¹. Ce constat, somme toute relativement pragmatique et finalement assez moral est cependant battu en brèche par le droit des obligations, au nom sans doute du postulat d'égalité entre les cocontractants et du principe de la force obligatoire du contrat⁸³². Il est donc acquis en droit positif que la survenance du terme du contrat de franchise n'emporte aucun droit pour le franchisé : ni celui de voir la convention renouvelée, pas plus que celui d'être indemnisé de l'éventuel préjudice lié à la cessation du lien contractuel.

398. **Droit discrétionnaire du franchiseur.** Les sollicitations n'ont cependant pas manqué de la part des distributeurs. La Cour de cassation y a toujours répondu par l'application du droit commun⁸³³ estimant que le non-renouvellement du contrat était

829 J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 22e éd., Tome 4, P.U.F., 2000, n° 114.

830 S. Petit, « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 2008, no 188, p. 33 et s., n° 27.

831 Ibid.

832 Denis Mazeaud explique ainsi que le régime de la rupture des contrats à durée déterminée est, en apparence au moins, « d'une simplicité désarmante » : « Sauf mutus dissensus, ou inexécution fautive ou fortuite du contrat, il est entendu qu'en vertu de l'article 1134, alinéa 1er, les contractants, non seulement doivent respecter le terme convenu, mais encore ne peuvent pas exiger le maintien du lien contractuel dont l'échéance du terme provoque fatalement la rupture » (D. Mazeaud, « Durées et ruptures », *RDC*, 2004, no 1, p. 129 et s., n° 3).

833 V. par exemple dans le cadre d'un contrat de concession Cass. Com., 13 juillet 1978 : Bull. civ. IV, n° 164.

un droit ; droit que l'on pourrait presque qualifier de discrétionnaire⁸³⁴. C'est ainsi que le Professeur Philippe Le Tourneau enseigne qu'il importe peu que « *le franchiseur ait pu se livrer à des apparences de promesses verbales de perpétuation, qu'il ait offert de renouveler le contrat sous certaines conditions* »⁸³⁵ ou encore « *que le franchiseur ait félicité le franchisé de son efficacité en lui remettant une décoration ; que le contrat ait été déjà renouvelé plusieurs fois, ou que le franchisé ait procédé à d'importants investissements* »⁸³⁶. S'il s'agit là incontestablement du principe posé par le droit des obligations, les solutions prétoriennes ouvrent toutefois la place à une appréciation plus nuancée. Selon un schéma bien connu du droit, le postulat que le refus de reconduire le contrat n'est pas, en soi, fautif, laisse toutefois la place à une recherche de la faute dans les circonstances ayant entouré ce refus⁸³⁷. Il n'est pas difficile d'y voir, avec Monsieur Sébastien Petit, une illustration de la théorie de l'abus de droit⁸³⁸. La jurisprudence en offre diverses illustrations. La plus classique recouvre le cas du franchiseur ayant fait naître une croyance légitime dans le renouvellement. Pour débouter un franchisé de ses prétentions au titre d'un prétendu abus de droit de la part de son ancien franchiseur, la Cour d'appel de Paris relève ainsi que la société franchisée « *ne rapporte la preuve d'aucune circonstance de fait ou de droit susceptible d'avoir créé chez elle une confiance légitime dans le maintien de la relation l'unissant à la société [du franchiseur] ou même d'avoir entretenu une incertitude sur le sort de celle-ci* »⁸³⁹. Fréquemment, le franchisé fera également grief au franchiseur de lui avoir fait consentir d'importants investissements peu avant le terme du contrat, sans lui laisser le temps de les amortir⁸⁴⁰. La doctrine suggère encore que soit considéré comme fautif le franchiseur qui n'informe pas le franchisé des modifications substantielles dont fera l'objet le contrat à venir⁸⁴¹. En pareilles hypothèses, le franchiseur indélicat est alors susceptible de voir sa responsabilité délictuelle mise en jeu⁸⁴². La protection du franchisé demeure cependant embryonnaire et la jurisprudence offre peu d'exemples de décisions où les magistrats retiennent un abus dans le droit de rupture du franchiseur.

834 Il nous semble toutefois que ce qualificatif soit en réalité devenu tout à fait inadapté, si l'on définit le droit discrétionnaire comme celui qui n'est pas susceptible d'abus.

835 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 653.

836 Ibid.

837 *Mutatis mutandis*, le raisonnement est par exemple le même en matière de concubinage (qui est cependant plus près, il est vrai, d'une « convention » à durée indéterminée). Si la rupture du concubinage n'est jamais, *per se*, une faute, les circonstances entourant cette rupture peuvent, elles, être fautives et ouvrir droit à réparation (v. par exemple C.A. Bordeaux, 4 janvier 2000, *D.*, 2000, p. 411, obs. Lemouland). Le raisonnement est encore le même en matière de révocation du dirigeant social.

838 S. Petit, « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 2008, no 188, p. 33 et s., n° 5.

839 C.A. Paris, 12 janvier 2005, SARL Soixante c/ SA ADA, JurisData n° 2005-277027, *LPA*, 2005, n° 244, p. 9, note Marot. V. pour une motivation identique, C.A. Paris, 30 octobre 2003, SA Levi Strauss Continental c/ SA Forward & cie, JurisData n° 2003-230107.

840 C.A. Paris, 30 octobre 2003, SA Levi Strauss Continental c/ SA Forward & cie, JurisData n° 2003-230107.

841 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 280.

842 V. par exemple Cass. Com., 4 janvier 1994, n° 91-18.170, *D.*, 1995, p. 355, note Virassamy, *RJDA*, 1994, n° 644, p. 522, *D.*, 1995, somm. p. 69, obs. Ferrier, *JCP G*, 1994, I, 3757, n° 10, obs. Jamin, *RTD civ.*, 1994, p. 352, obs. Mestre qui vise explicitement l'article 1382 du Code civil.

b. L'absence cohérente d'exigence de motivation

399. Faute d'obtenir un droit au renouvellement, les franchisés et une part de la doctrine ont un temps plaidé pour la motivation des décisions prises par la tête de réseau. Comme le font remarquer certains auteurs, « lorsque le titulaire d'un droit de rompre ne peut l'exercer librement et doit au contraire justifier sa décision par un motif réel et sérieux ou légitime, il s'ensuit nécessairement une réduction du nombre de ruptures et surtout une possibilité de contrôle excluant tout arbitraire »⁸⁴³. Comme souvent en matière de franchise, la notion d'intérêt commun a pu à nouveau être sollicitée, surtout depuis sa consécration par la loi Doubin⁸⁴⁴. Une telle motivation est d'ailleurs exigée en matière de résiliation de concessions automobiles par le règlement du 31 juillet 2002⁸⁴⁵. Le règlement n° 461/2010⁸⁴⁶ prévoit toutefois la disparition du traitement spécifique du secteur automobile au sein des restrictions verticales. Ces arguments n'ont cependant pas suffi à infléchir la position de la Cour de cassation en la matière, livrée dès 1980 à propos, là encore, d'un contrat de concession commerciale. La chambre commerciale y estimait qu'une Cour d'appel avait à bon droit pu juger que « la société Volvo France était en droit, six mois avant son expiration, de notifier à la société Canor qu'elle ne renouvelerait pas le contrat de concession en cours conclu pour une durée d'un an non renouvelable par tacite reconduction, sans avoir à motiver sa décision »⁸⁴⁷.

400. La question d'un éventuel abus se pose en revanche lorsque, la tête de réseau faisant le choix de motiver sa décision de non-renouvellement, il s'avère que les justifications avancées sont dénuées de fondement. En dépit des espoirs qu'avait pu soulever un arrêt d'appel⁸⁴⁸, la Cour de cassation se montre là encore inflexible et estime que « l'absence de sérieux des griefs invoqués [par le franchiseur] »⁸⁴⁹ ne suffit pas à caractériser un abus du droit de non-renouvellement⁸⁵⁰. Pour cohérente qu'elle soit – il serait

843 M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999, n° 337.

844 En ce sens, v. P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 656 ; C. Chambonnaud, « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Joly-Litec, 1991.

Il semble toutefois que la notion de mandat d'intérêt commun ne soit pas d'une grande utilité en matière de non renouvellement d'une convention à durée déterminée. La création du mandat d'intérêt commun, en tant que dérogation à l'article 2004 du Code civil, ne concerne par hypothèse que la résiliation des conventions à durée indéterminée. C'est donc dans ce seul cadre qu'un éventuel raisonnement par analogie nous paraît devoir être étudié. Sur cette question, v. n° 354.

845 Règlement (UE) n° 1400/2002 de la commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

846 Règlement (UE) n° 461/2010 de la commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile

847 Cass. Com., 17 avril 1980, Volvo France c/ AB Volvo, n° 78-14.618 : Bull. civ. IV, n° 152.

848 C.A. Paris, 17 février 1992, *Contrats conc. consom.*, 1992, comm. 52, note Vogel.

849 Cass. Com., 6 janvier 1987, VAG France c/ Garage de Tessancourt, n° 85-16.823 : Bull. civ. IV, n° 7.

850 Pour une application plus récente de cette solution, v. Cass. Com., 25 avril 2001, Agricole de Francières c/ Bonduelle, n° 98-22.199 : Inédit, *D.*, 2001, p. 3237, note Mazeaud, *Dr. et patr.*, 2001, n° 95, p. 108, note Chauvel, *RTD civ.*, 2002, n° 1, p. 88, note Mestre et Fages.

illogique que le franchiseur motivant sa décision soit traité plus durement que celui qui ne le ferait pas – la solution revient à faire bien peu de cas de la notion de bonne foi contractuelle.

2. Les difficultés générées par l'éventuelle poursuite des relations commerciales après le terme du contrat

401. Les circonstances dans lesquelles le contrat se délie peuvent au contraire amener les partenaires à poursuivre temporairement leurs relations commerciales à l'issue du terme fixé par la convention initiale.

a. La remise en question de la possibilité d'une tacite reconduction du contrat de franchise

402. La tacite reconduction est un mécanisme des plus classiques en droit des obligations, et son application au contrat de franchise ne devrait, a priori, poser aucune difficulté de principe. En l'absence d'expression contraire de la volonté des parties dans la convention initiale, la poursuite des relations entre le franchisé et le franchiseur entraîne classiquement la naissance d'un nouveau contrat à durée indéterminée. Bien évidemment, par application là encore du droit commun, il est loisible aux parties d'aménager librement dans la convention initiale les modalités de cette tacite reconduction. Le contrat de franchise pourra ainsi prévoir que le contrat formé par tacite reconduction le sera, non pas pour une durée indéterminée, mais pour une durée convenue à l'avance, par exemple celle du contrat initial. Les parties ont en outre la faculté d'exclure purement et simplement le mécanisme de la tacite reconduction⁸⁵¹. En réalité, il n'y a là aucune difficulté spécifique au contrat de franchise.

403. Application de la loi Doubin ? En revanche, l'application de la loi Doubin vient considérablement gripper ce mécanisme bien huilé. Le désormais célèbre article L. 330-3 du Code de commerce impose désormais au franchiseur « *préalablement à la signature de tout contrat* » de fournir au franchisé « *un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Le mécanisme de la tacite reconduction ne saurait être analysé autrement que comme la conclusion – certes informelle, mais néanmoins réelle – d'un nouveau contrat. Dès lors, il semble falloir conclure que l'article L. 330-3 du Code de commerce a toute vocation à s'appliquer au contrat tacitement reconduit. Or, de fait, si les parties n'ont pas pris la peine de sceller la poursuite de leurs relations dans une nouvelle convention, il est peu probable que le franchiseur aura pris la peine de fournir le fameux document exigé par la loi Doubin. Suivant les juridictions du fond⁸⁵², la Cour de cassation a fait sienne cette analyse dans un arrêt du 14 janvier 2003. Les hauts magistrats y estiment « *qu'ayant*

851 Clause relativement récent à en croire Philippe Le Tourneau (P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 661).

852 C.A. Paris, 6 novembre 1998, RJDA, 1999, n° 400 ; C.A. Toulouse, 6 décembre 1996, *D. aff.* 1996, p. 392 ; C.A. Versailles, 27 janvier 2000, *LPA*, 2000, n° 237, p. 25.

constaté l'existence d'un nouveau contrat [...] fût-il la reproduction du contrat initial par tacite reconduction, la cour d'appel a justement retenu que [le franchiseur] devait se conformer à l'obligation d'information résultant de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 pour ce contrat »⁸⁵³. Si la doctrine dénonce les conséquences d'une telle solution, elle en approuve toutefois quasi unanimement le raisonnement. Pour Maître François-Luc Simon, il paraît ainsi « logique que ce nouveau contrat – nouveau negotium – respecte les conditions imposées par le régime juridique de la catégorie d'accords à laquelle il appartient »⁸⁵⁴. Le Professeur Hugues Kenfack relève pour sa part que l'information s'avérera peut-être en partie utile dans la mesure où il est probable que certains éléments destinés à être communiqués par le franchisé auront été modifiés depuis la signature du contrat initial⁸⁵⁵. Au final, une telle solution revient, de fait, à exclure le mécanisme de la tacite reconduction pour les contrats soumis à l'article L. 330-3. On peut en effet s'interroger sur le fait de savoir si la reconduction d'un contrat ayant donné lieu à la délivrance d'un document d'information précontractuel peut encore être qualifiée de tacite⁸⁵⁶...

404. Au-delà de ces conséquences discutables, le raisonnement même de la Cour de cassation nous semble contestable à deux points de vue. En pratique tout d'abord, la solution est de nature à créer le trouble chez plus d'un commerçant. Car, s'il est incontestable que la tacite reconduction donne naissance à un nouveau contrat, il ne l'est pas moins que la prorogation est, comme son nom l'indique, la survie du lien contractuel initial dont les effets sont allongés dans le temps par la commune intention des parties. En l'absence de nouveau contrat, il n'y a donc pas lieu d'appliquer les dispositions de l'article L. 330-3⁸⁵⁷. Il faudra toutefois être habile pédagogue pour faire comprendre à un franchiseur la subtile nuance entre tacite reconduction et prorogation (qui, si elle ne peut être tacite n'est toutefois pas nécessairement formalisée par écrit). Il y a fort à parier que le non-juriste y verra, dans les deux cas, la poursuite du contrat initial. Toutefois, la responsabilité du franchiseur sera engagée dans un cas, mais non dans l'autre...

405. La solution paraît plus critiquable encore lorsque, sous l'apparence d'une application rigoureuse, voire rigoriste, de la loi, elle en travestit en réalité la lettre. Le texte

853 Cass. Com., 14 janvier 2003, Barahona c/ Sté Hygiène Diffusion, n° 00-11.781 : Inédit, *D.*, 2003, p. 2304, note Kenfack, *RTD civ.*, 2003, p. 497, obs. Mestre et Fages, *D.*, 2003, p. 2429, obs. Ferrier, *JCP E*, 2004, I, 384, note Neau-Leduc, *RDC*, 2003, p. 159, note Behar-Touchais.

854 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 489.

855 H. Kenfack, « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », note sous Cass. com., 14 janvier 2003, *D.*, 2003, p. 2304.

On objectera cependant avec Martine Behar-Touchais et Georges Virassamy qu'une grande partie d'entre-elles prêtera à sourire : « que l'on songe par exemple, à celles portant sur l'expérience professionnelle du fournisseur, son adresse, etc. » (M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999, n° 63).

856 C'est-à-dire, littéralement, non formellement ou directement exprimée.

857 C'est la solution qui se dégage implicitement de l'arrêt C.A. Paris, 29 novembre 2007, Marrache c/ SA Céline, *JurisData* n° 2007-353808.

de l'article L. 330-3 ne vise en effet nullement la conclusion d'un contrat, mais sa « signature ». Or, considérer comme acquis que la « signature » doit être interprétée comme l'allégorie de la conclusion est peut-être faire le législateur plus poète qu'il ne l'est vraiment. C'est en tout cas s'éloigner de la lettre du texte en trahissant son esprit. Dès lors, dans la mesure où la tacite reconduction du contrat n'emporte en aucun cas « signature » d'une nouvelle convention, il nous semble que l'article L. 330-3 n'a nullement vocation à s'appliquer à une telle situation. On remarquera toutefois que la solution comporte également ses faiblesses : faire de l'acte matériel de signature le critère d'application de l'obligation précontractuelle d'information revient à en exclure notamment les contrats oraux, ce qui n'apparaît en rien pertinent. Gageons toutefois que la situation d'un contrat de franchise oral sera moins fréquente que celle d'un contrat de franchise tacitement reconduit.

*b. Les difficultés quant au contenu du contrat
créé par la tacite reconduction*

406. En toute logique, le contenu du contrat ainsi formé par tacite reconduction devrait être la copie conforme du contrat initial, les parties n'ayant, par hypothèse, exprimé aucune volonté contraire. La position traditionnelle de la Cour de cassation est en ce sens⁸⁵⁸, bien que l'on réserve un sort particulier à la durée du contrat tacitement reconduit, réputée indéterminée afin de permettre à chacune des parties de s'en dégager facilement⁸⁵⁹. Comme le note Maître François-Luc Simon, cette règle n'est pas sans poser de difficultés dans le cadre d'une relation aussi complexe que l'est celle de la franchise. Il y a en effet fort à parier que le contrat initial renfermera « *des stipulations qui, avec le temps, s'avère[ront] inadaptées aux évolutions du concept, du savoir-faire, ou plus généralement, du mode de fonctionnement du réseau de franchise* »⁸⁶⁰. Plus problématique encore est la question des multiples clauses annexes du contrat. La jurisprudence enseigne en effet que « *la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques* »⁸⁶¹, sans toutefois préciser quels sont ces éléments susceptibles de varier, dans quelle mesure et pour quelles raisons... On peut dès lors légitimement s'interroger sur l'éventuelle survie de clauses accessoires à l'objet principal du contrat de franchise, telles les clauses de non-concurrence ou encore les pactes de préférence sur le fonds de commerce du franchisé.

858 Cass. Req., 18 octobre 1933, S., 1933, 1, p. 384.

859 Sur cette question, v. A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC*, 2004, no 1, p. 117 et s.

860 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 493.

861 Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 2005, n° 02-21.366 : Bull. civ. I, n° 423, *D.*, 2006, p. 587, note Mekki, *RLDC*, 2006, n° 23, p. 13, note Le Gallou, *RTD civ.*, 2006, n° 1, p. 114, note Mestre et Fages, *RDC*, 2006, n° 3, p. 696, note Laithier, *JCP E*, 2006, n° 27, p. 1215, note André, *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, p. 97, note Aynès et Stoffel-Munck.

B. L'encadrement partiel de l'issue du contrat de franchise à durée indéterminée

407. S'agissant du contrat de franchise à durée indéterminée, liberté rime souvent avec précarité. La possibilité du franchisé de mettre à tout moment fin au contrat – afin éventuellement de s'affilier à un réseau concurrent – est contrebalancée par l'ouverture de la même faculté au profit du franchiseur. Cette possibilité de rupture unilatérale du contrat (1) est tempérée par l'exigence d'un préavis (2).

1. La possibilité de rupture unilatérale

408. La possibilité pour le franchiseur de rompre à tout moment la convention le liant à son franchisé, indépendamment de toute faute de celui-ci, place nécessairement l'affilié dans une situation de dépendance face à la tête de réseau. Droit des contrats et droits de la concurrence ont vocation à s'emparer d'une telle situation. Si, à l'heure actuelle, les parties ne sont tenues d'aucune exigence de motivation de la rupture (a), cette liberté est tempérée par l'usage possible de la théorie de l'abus de droit (b).

a. L'absence contestée d'exigence motivation

409. Par une application des plus classiques du droit commun, le contrat de franchise à durée indéterminée est a priori librement résiliable par l'une ou l'autre des parties. On ne peut qu'y voir l'application du principe traditionnel de prohibition des engagements perpétuels, qui impose, selon le Conseil constitutionnel que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des cocontractants* »⁸⁶². Toutefois, est-il sans doute abusif de prétendre faire découler l'ensemble du régime encadrant les modalités de la rupture du lien contractuel en matière de contrat de franchise à durée indéterminée de ce seul principe. La prohibition de l'engagement perpétuel impose effectivement que chacun puisse se libérer du lien contractuel et ne soit pas engagé « *ad vitam aeternam* ». Il n'implique cependant en rien que la rupture soit absolument libre : le droit du travail connaît tout autant la prohibition des engagements perpétuels, ce qui n'empêche nullement un strict encadrement des modalités de la rupture du contrat. À cet égard, se pose la question de l'éventuelle motivation de la rupture du contrat. En l'absence d'intervention législative, la jurisprudence fait application du droit commun et constate l'absence d'exigence de motivation⁸⁶³. Comme le relève le Président Georges Virassamy, « *si abus il doit y avoir dans la sortie par le concédant de la relation contractuelle, il faut le chercher ailleurs que dans l'absence de moti-*

862 Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC : JO, 16 novembre 1999, p. 16962, *RTD civ.*, 2000, p. 109, note Mestre et Fages ; *ibid.*

863 V. à propos d'un contrat de concession Cass. Com., 5 avril 1994, *Sté Fiat Auto France c/ SA Cachia Holding et autre*, n° 92-17.278 Bull. civ. IV, n° 149, *Contrats conc. consom.*, 1994, n° 159, obs. Leveneur, *RTD civ.*, 1994, p. 603, obs. Mestre, *JCP G*, 1994, I, 3803, obs. Jamin, *D.*, 1995, somm., p. 90, obs. Mazeaud, *D.*, 1995, somm., p. 69, obs. Ferrier, *D.*, 1995, p. 356, note Virassamy.

vation »⁸⁶⁴. Dans un premier mouvement, cette solution apparaît des plus cohérente, l'ensemble du raisonnement développé à propos du non-renouvellement du contrat à durée déterminée pouvant être transposé sans difficulté à la résiliation du contrat à durée déterminée⁸⁶⁵.

410. Intérêt commun. Néanmoins, un argument nouveau peut être sollicité en matière de résiliation, tandis qu'il apparaît sinon inopérant, tout au moins d'une moindre force en matière de non-renouvellement. En effet, la création prétorienne du mandat d'intérêt commun offre une alternative au principe de la libre résiliation⁸⁶⁶ des conventions à durée indéterminée. La jurisprudence vient poser le principe selon lequel « *la règle édictée par l'article 2004 du Code civil selon laquelle le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble n'est pas applicable en cas de mandat donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, un tel mandat ne pouvant être révoqué que du consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou suivant les clauses et conditions spéciales du contrat* »⁸⁶⁷. L'attraction de cette théorie est évidemment forte pour les franchisés, et plus largement pour les distributeurs qui y voient un moyen de parvenir à une plus grande régulation de la rupture de leurs contrats. Le raisonnement par analogie serait, selon ses promoteurs, facilité par l'idée que franchisé et franchiseur partagent une « clientèle commune », dans le cadre d'un contrat caractérisé par l'intérêt commun des parties⁸⁶⁸. Personne ne soutient plus que le contrat de franchise puisse être qualifié de mandat d'intérêt commun, dans la mesure où il n'existe à proprement parler aucun mandat entre le franchiseur et le franchisé. Comme le relève le Professeur Philippe Le Tourneau, une telle analyse procède d'une qualification totalement erronée du contrat de franchise, dans la mesure où les franchisés « *bien qu'assurant la représentation commerciale de leur cocontractant, n'assurent par leur représentation juridique* »⁸⁶⁹. C'est donc vers une notion plus fuyante qu'il faut se rabattre, celle de « contrat d'intérêt commun ». Son introduction dans le droit positif par la loi Doubin a fait naître de grands espoirs parmi les tenants d'un plus grand encadrement des modalités de la rupture du contrat de franchise. Le Bâtonnier Claude Chambonnaud est le plus audacieux dans cette voie estimant que la référence au contrat d'intérêt commun, par ce qui est devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce, autorise à penser que la « *rupture ne pourra avoir lieu que pour un motif*

864 G. Virassamy, note sous Cass. Com., 4 janvier 1994 et Cass. Com., 5 avril 1994, *D.*, 1995, p. 355.

865 V. supra, n° 399.

866 Plus exactement, de la libre révocation en matière de mandat. Si le raisonnement par analogie nous paraît relativement délicat en matière de conventions à durée indéterminée, il semble en revanche totalement inapproprié s'agissant du renouvellement des conventions à durée déterminée. La jurisprudence sur le mandat d'intérêt commun est en effet muette sur la question (v. n° 410).

867 Cass. Civ., 13 mai 1885, *D.*, 1885, 1, p. 350.

868 A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s.

869 C'est d'ailleurs là l'essence même du contrat de franchise. La Cour de cassation a toujours fait sienne, avec une grande constance, cette position orthodoxe (Cass. Com., 2 mai 1965 : Bull. civ. IV, n° 68 ou Cass. Com., 7 octobre 1997, *Sté Maine auto c/ SA Volvo automobile France*, n° 95-14.158, *JCP G*, 1998, II, 10085, note Chazal, *Contrats conc. consom.*, 1998, comm. 20, note Leveneur, *RTD civ.*, 1998, p. 130, obs. Gautier, *JCP G*, 1998, II, 10110, note Mainguy).

légitime ou dans le cadre des conditions prévues par le contrat »⁸⁷⁰. Il est vrai que cette opinion paraît légitime si l'on croit que « le législateur ne saurait parler pour ne rien dire »⁸⁷¹. Toutefois, la Cour de cassation refuse de la faire sienne et affirme clairement que « l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration »⁸⁷².

b. Le contrôle classique de l'abus de droit

411. De la même façon que pour le contrat à durée déterminée, le contrôle de la rupture du contrat de franchise à durée indéterminée se fait, en droit des obligations, par le truchement de la notion d'abus de droit. Aussi, les comportements constitutifs d'un exercice fautif du droit de résiliation unilatérale peuvent-ils être définis par référence à ceux qui ont été analysés comme un refus de renouvellement abusif. Sans doute l'appréciation doit-elle être ici plus stricte. Le franchisé lié par un contrat à durée déterminée a en principe parfaitement connaissance du terme extinctif, ce qui devrait a priori l'inciter à la prudence, notamment en matière d'investissements. À l'inverse, le franchisé lié par un contrat à durée indéterminée ne peut réaliser ce type de prévisions. Il ne peut dès lors se fier qu'aux indications de son franchiseur sur son intention ou non de poursuivre la relation contractuelle. Sauf à se contenter d'un immobilisme total pendant toute la durée du contrat de peur d'être prochainement évincé, il sera contraint de réaliser au fur et à mesure les investissements nécessaires, tout en restant sous le joug de l'épée de Damoclès que constitue la résiliation. Aussi, la conception classique de la notion d'abus de droit semble-t-elle bien trop étriquée pour rendre compte de l'ensemble des comportements qu'il convient de sanctionner. La conception classique de l'abus en tant que détournement de la finalité objective du droit⁸⁷³ apparaît bien trop étriquée. Dans la mesure où le droit de résiliation est, avant tout, un « droit égoïste qui est à la disposition de son seul titulaire »⁸⁷⁴, il semble bien délicat d'en dégager une finalité autre que la satisfaction des seuls intérêts du contractant. Ainsi compris, l'abus de droit se résume en réalité à l'intention de nuire. Or, les cas de résiliation dans la seule intention de nuire seront relativement rares : le franchiseur n'a aucun intérêt à nuire à son partenaire, à moins de vouloir – pour d'autres raisons – mettre fin à la relation contractuelle. Dès lors, l'intention de nuire n'est jamais le motif déterminant de la résiliation, tout au plus l'accompagne-t-elle exceptionnellement.

870 C. Chambonnaud, « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean Derruppé, Joly-Litec, 1991, p. 125.

871 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 236.

872 Cass. Com., 8 janvier 2002, Sebagh c/ Galeries Lafayette, n° 98-13.142, JurisData n° 2002-012506, *Contrats conc. consom.*, 2002, comm. 78, obs. Malaurie-Vignal, *JCP E*, 2002, Cah. dr. ent. n° 3, p. 33, obs. Mainguy, *LPA*, 2003, n° 132, p. 41, note Mathey, *D.*, 2002, p. 567, obs. Chevrier.

873 En ce sens, v. L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, (fac-similé de la 2e édition : Dalloz, 1939, préf. David Deroussin), Dalloz, 2006 ou G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949.

874 J.-P. Chazal, « Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive », note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, *JCP G*, II, 10085.

412. Exigence de loyauté dans la rupture. En revanche, dans la majeure partie des hypothèses, il appartiendra de sanctionner le franchiseur qui aura fait preuve, dans l'exercice de son droit de résiliation, d'un égoïsme trop important. Ce sera ainsi le cas du franchiseur dont la légèreté blâmable démontrera qu'il n'a pas le moins du monde pris en considération la personne de son cocontractant. On voit ainsi très nettement que l'on glisse de la conception traditionnelle de l'abus de droit, telle que formulée par Josserand, à une notion qui s'apparente davantage à celle de bonne foi ou de loyauté⁸⁷⁵. La jurisprudence a rapidement fait sienne cette conception et indique clairement que l'intention de nuire n'est pas la cause exclusive de l'abus du droit de résiliation⁸⁷⁶.

2. L'exigence d'un préavis

413. La liberté des parties en matière de contrat à durée indéterminée est encore quelque peu encadrée par l'exigence d'un préavis minimal entre l'annonce de l'intention de rompre le contrat et la rupture effective. Cette exigence, classique en droit commun des obligations (a), soulève toutefois certaines difficultés dans la matière spécifique qui nous occupe (b).

a. Une exigence classique en droit commun

414. La possibilité de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée est classiquement contrebalancée par l'exigence d'un préavis⁸⁷⁷. Priver le cocontractant d'un tel préavis reviendrait en effet à lui porter nécessairement tort et procéderait de façon certaine d'une forme d'abus de droit ou de manquement à la loyauté contractuelle⁸⁷⁸. La transposition d'une telle exigence de droit commun en matière de contrat de franchise à durée indéterminée n'a donc rien de surprenant⁸⁷⁹. Plus délicat est en revanche de savoir si cette règle peut être transposée au contrat à durée déterminée, dont la rupture

875 Yves Picod relève que « la théorie de l'abus de droit a toujours eu une certaine place dans l'exécution du contrat ; dans ce contexte, elle est apparue à la doctrine et à la jurisprudence comme une application particulière de la bonne foi : la loyauté du contractant consiste à ne pas abuser de ses droits. En fait, l'abus de droit a trouvé une application originale chaque fois qu'une des parties disposait d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de sortir du contrat » (Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse : Dijon, L.G.D.J., 1989, n° 18).

876 V. Cass. Com., 5 avril 1994, Sté Fiat Auto France c/ SA Cachia Holding et autre, n° 92-17.278 Bull. civ. IV, n° 149, *Contrats conc. consom.*, 1994, n° 159, obs. Leveneur, *RTD civ.*, 1994, p. 603, obs. Mestre, *JCP G*, 1994, I, 3803, obs. Jamin, *D.*, 1995, somm., p. 90, obs. Mazeaud, *D.*, 1995, somm., p. 69, obs. Ferrier, *D.*, 1995, p. 356, note Virassamy qui considère pour justifier de l'abus, en matière de concession automobile, que le concessionnaire « ancien et des plus importants [...] n'avait pas démerité ».

877 En ce sens, v. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., L.G.D.J., 2013, n° 418. Philippe Le Tourneau note pour sa part que « ces règles appartiennent au fonds commun du droit occidental » (P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 664).

878 Martine Behar-Touchais et Georges Virassamy notent ainsi qu'il y a « abus dans la brusquerie de la rupture sans préavis suffisant » (M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999, n° 346).

879 Elle est appliquée de façon fort classique par la jurisprudence. V. par exemple Cass. Com., 7 juillet 1980, Vincent c/ Mercedes Benz France, n° 78-15.735 : Bull. civ. IV, n° 288 ; Cass. Com., 6 novembre 1984, Presta-Music, n° 83-12.999 : Bull. civ. IV, n° 293 ou encore Cass. Com., 8 avril 1986, Timwear Tricotage Industriel Moderne c/ Marc Van Beurden, n° 84-12.943 : Bull. civ. IV, n° 58.

a en principe été convenue par les parties dès l'origine par la stipulation d'un terme extinctif à la relation. Si le contrôle de l'abus permet en matière de contrats à durée déterminée de stigmatiser certains comportements, à l'instar ce celui du franchiseur ayant fait naître une croyance légitime en le renouvellement du contrat, permet-il pour autant de sanctionner le franchiseur s'étant contenté de ne pas renouveler le contrat sans en avertir son cocontractant ?

415. Doctrine et jurisprudence sont relativement floues sur la question. Il est vrai que le problème a aujourd'hui glissé du contrôle de l'abus en droit commun à celui des pratiques restrictives en droit de la concurrence. C'est donc le plus souvent sur ce fondement que les juridictions auront à déterminer si le non-renouvellement des relations à l'issue du contrat à durée déterminée, sans que soit respecté un préavis, est susceptible d'engager la responsabilité du franchiseur⁸⁸⁰. En outre, même lorsque la question est posée sur le fondement du droit des obligations et non sur celui de l'article L. 442-6 5° du Code de commerce, l'étude du comportement du franchiseur se fait très souvent par référence aux stipulations du contrat et non par rapport à un éventuel abus de droit⁸⁸¹. L'intérêt pratique de la question est donc relativement mince. Il nous semble toutefois difficile d'admettre qu'il puisse y avoir abus dans le non-renouvellement de la convention. Car, contrairement à la résiliation unilatérale dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, l'issue des relations contractuelles procède ici de la commune volonté des parties. Celles-ci ont entendu fixer un terme au contrat et, par hypothèse, n'ont pas envisagé les modalités de sa prorogation⁸⁸². Plus qu'un droit, le non-renouvellement de la convention est en réalité la stricte application par le franchiseur de la commune intention des parties. Un arrêt relève toutefois qu'un fournisseur n'a pas commis de faute en ne renouvelant pas le contrat à durée déterminée après avoir respecté le délai de préavis contractuel, conforme à la pratique commerciale en la matière⁸⁸³. En déduire qu'il y aurait eu abus en l'absence d'un tel préavis nous paraît une interprétation abusive de cette décision, au surplus relativement ancienne.

416. D'autres observent en revanche à juste titre qu'« *exiger un préavis même quand le contrat est à durée déterminée n'est pas si exorbitant, en particulier en la matière des contrats de la distribution* »⁸⁸⁴, principalement lorsque le contrat a déjà fait l'objet

880 Sur ce point, les solutions sont tout aussi variables : v. infra, n° 425 et s.

881 De nombreux contrats de franchise envisagent ainsi la question du non-renouvellement et prévoient souvent l'obligation pour le franchiseur d'avertir suffisamment tôt le franchisé de ses intentions (v. par exemple, Cass. Com., 12 novembre 1997, Sté Adidas Sarragan France c/ Ets J Fournier, n° 94-14.329, JurisData n° 1997-005522, D., 1996, I.R., n° 43, D. aff., 1997, p. 248, RJD, 1997, n° 343 pour un contrat prévoyant un préavis de six mois en cas de non-renouvellement).

Le constat est d'ailleurs fort intéressant dans la mesure où l'on s'aperçoit ainsi qu'une question identique relèvera tantôt de la responsabilité civile contractuelle (en cas de non-respect du préavis contractuellement fixé), tantôt de la responsabilité civile délictuelle (en cas d'éventuel abus du droit de ne pas renouveler le contrat).

882 Sans quoi, là encore, la question n'est plus celle de l'abus de droit, mais celle du respect des stipulations contractuelles.

883 Cass. Com., 19 juillet 1965 : Bull. civ. III, n° 460.

884 M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999, n° 346.

de précédents renouvellements. Toutefois, ce n'est pas tant l'absence de préavis en tant que telle qu'il convient alors de sanctionner, mais davantage le comportement préalable du franchiseur qui a pu faire naître dans le franchisé un légitime espoir de renouvellement, espoir brisé de façon abusive. On retombe alors dans la typologie classique des circonstances fautives entourant le non-renouvellement, lesquelles ont déjà fait l'objet d'une étude⁸⁸⁵. Il nous semble dès lors pouvoir affirmer que l'exigence d'un préavis voit, logiquement et classiquement, son champ d'application limité aux contrats à durée indéterminée⁸⁸⁶. Sa mise en œuvre n'en demeure pas pour autant aisée.

b. Une exigence difficile à mettre en œuvre en pratique

417. La principale difficulté quant à la mise en œuvre de l'exigence prétorienne d'un préavis réside évidemment dans la détermination de la durée de celui-ci. Là encore, la question devra être envisagée différemment selon que les parties auront, ou non, pris l'initiative de faire entrer cette question dans le champ contractuel. En pareil cas, il semble clair qu'il faille faire application de la volonté commune des parties et sanctionner le non-respect de celle-ci par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Limpide, la règle n'en demeure pas moins imparfaite. Que faire en effet lorsque les parties auront entendu convenir d'un délai de préavis anormalement court ? Le respect de celui-ci est-il susceptible d'exonérer le franchiseur de toute responsabilité, ou faut-il faire prévaloir l'exigence de bonne foi sur l'autonomie de la volonté ? Il paraît toutefois délicat d'accorder au juge un véritable pouvoir de réfaction du contrat en matière de préavis⁸⁸⁷. En réalité, la solution à un tel problème est à chercher du côté du droit de la concurrence qui viendra ici utilement compléter le droit des obligations en permettant au juge de sanctionner un tel comportement⁸⁸⁸.

418. Entre trois et douze mois. Dans le silence des parties, il est en revanche cohérent que le juge dispose de la marge d'appréciation la plus grande, pour apprécier lui-même, a posteriori, la durée du préavis. La doctrine enseigne classiquement que la durée du préavis doit globalement être proportionnelle à la durée de la relation contractuelle⁸⁸⁹. Un esprit tatillon ferait cependant remarquer qu'une telle solution

885 V. supra, n° 395 et s.

886 Notons toutefois que le règlement du 30 juillet 2002 prévoit que les contrats de concession automobiles à durée déterminée doivent prévoir l'engagement de chaque partie « à notifier à l'autre partie au moins six mois à l'avance son intention de ne pas renouveler l'accord » (Règlement (UE) n° 1400/2002 de la commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, article 3 §5 a)).

Le Code de déontologie de la franchise incite à une pratique similaire en suggérant que le franchiseur « informe le franchisé avec un préavis suffisant de son intention de ne pas renouveler l'ancien contrat arrivé à son terme ou de ne pas signer un nouveau contrat ».

887 En ce sens, v. P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 663.

888 V. infra, n° 430.

889 V. notamment P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 663.

D'où, d'ailleurs, la difficulté de prévoir la durée de ce préavis au moment de la conclusion du contrat, sauf à prévoir une clause fixant une durée variable, indexée sur la durée de vie du contrat ce qui, en pratique et dans un légitime souci de lisibilité, est assez rare.

aboutirait à pouvoir résilier presque sans préavis un contrat fort récent, alors que c'est à cette période que le franchisé est le plus vulnérable⁸⁹⁰. Le règlement du 31 juillet 2002, spécifique aux concessionnaires automobiles avait quant à lui adopté une démarche originale, palliant notamment cet écueil, en fixant un seuil minimal à la durée du préavis, qui ne pouvait être inférieure à deux ans, sauf circonstances exceptionnelles⁸⁹¹. Peut-être n'aurait-il pas été incohérent d'aligner cette période sur celle fixée a minima pour la durée d'un contrat à durée déterminée⁸⁹². De tels seuils sont toutefois inconnus en matière de franchise : ils ne peuvent donc constituer que d'utiles références pour les juges du fonds chargés d'apprécier souverainement la durée d'un préavis. Globalement, la durée de celui-ci varie entre plusieurs mois et quelques années. De nombreux contrats de franchise fixent cette durée à trois ou six mois⁸⁹³. Le Tribunal de commerce de Paris estime pour sa part qu'un préavis d'un an aurait été le minimum nécessaire pour mettre fin à une relation commerciale vieille de seize ans⁸⁹⁴. Le propre de la sanction de l'abus étant de n'engager la responsabilité que lorsque la distorsion entre ce qui aurait semblé loyal et ce qui a été fait est manifeste, l'analyse statistique des décisions apparaît relativement délicate. C'est là le prix d'une appréciation au plus juste, sans doute équitable, mais donc nécessairement casuistique.

II. L'ENCADREMENT DE LA RUPTURE BRUTALE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

419. Le droit de la concurrence prohibe et sanctionne la rupture brutale de relations commerciales établies par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Initialement conçu pour être appliqué à la grande distribution dans ses relations avec ses fournisseurs, le texte n'en est pas moins applicable aux relations franchisé-franchiseur. Aussi, reste à établir dans quels cas une telle rupture peut tomber sous le coup d'une telle prohibition **(A)**, ainsi que les éventuels tempéraments dont souffre l'interdiction **(B)**.

890 Une Cour d'appel a ainsi pu admettre que la notification résiliation d'un contrat de concession trois mois après l'ouverture du magasin concessionnaire n'était en rien fautive dans la mesure où le préavis contractuellement prévu (trois mois) avait été respecté... En tout et pour tout, le concessionnaire aura donc exploité son magasin six mois ! (C.A. Poitiers, 13 septembre 2005, SARL Safral c/ SA Le faillitaire expansion, JurisData n° 2005-287162).

891 Règlement (UE) n° 1400/2002 de la commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, article 3 §5 b)

892 En l'espèce, ceci aurait toutefois abouti à exiger un préavis de cinq ans, ce qui peut légitimement apparaître démesurément long.

893 C.A. Paris, 17 avril 1986, Fremiot c/ SA France chauffage, JurisData n° 1986-021437 ou C.A. Poitiers, 13 septembre 2005, SARL Safral c/ SA Le faillitaire expansion, JurisData n° 2005-287162.

894 T. com. Paris, 24 mai 2005, SA Sat c/ SA Formes, JurisData n° 2005-280393.

A. Les conditions de la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie

420. C'est ici encore un plan des plus classiques qui sera suivi, l'étude de la notion de rupture brutale d'une relation commerciale établie impliquant tout d'abord de définir ce qu'est une relation commerciale établie (1), avant de déterminer dans quelle mesure elle peut être considérée comme brutalement rompue (2).

1. La notion de relation commerciale établie

421. **Loi Galland.** L'objectif de la loi Galland était de lutter contre le déréférencement, pratique qui n'intéresse pas, a priori, les rapports entre franchisé et franchiseur, mais plutôt ceux des grands groupes de distribution (certes souvent organisés en réseau de franchise) avec les tiers producteurs. Pourtant, la généralité des termes employés par le texte interdit d'imaginer qu'il puisse ne pas s'appliquer aux relations entre les têtes de réseau et leurs distributeurs. Cette protection quelque peu détournée ne manque pas de soulever quelques interrogations. Si la preuve de la commercialité des relations ne pose aucun problème en matière de contrat de franchise, la question de savoir si ces relations peuvent être qualifiées d'« établies » au sens de la loi peut apparaître plus délicate. Plus précisément, la problématique peut être formulée ainsi : la durée de la relation entre les partenaires a-t-elle une influence sur le principe de la sanction édictée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ? Il est clair que moins la relation se sera prolongée dans le temps, moins la durée du préavis à respecter sera importante. Cette règle peut-elle toutefois aller jusqu'à l'exclusion totale de l'exigence de préavis. En vérité, de la nature de la réponse apportée dépend la protection du franchisé au commencement de son activité.

422. La jurisprudence enseigne de façon relativement paradoxale que l'ancienneté de la relation est sans importance pour l'application du texte. La Cour d'appel de Paris estime ainsi que « *l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'exige pas que des relations commerciales aient perduré pendant une durée minimale pour que la rupture brutale de celles-ci puisse être sanctionnée ; de telles relations peuvent, en effet, être considérées comme suffisamment établies dès leur origine et la longueur de celles-ci est en tant que telle, sans effet sur le caractère brutal de la rupture* »⁸⁹⁵. En deuxième analyse, le raisonnement semble particulièrement bienvenu et d'une grande utilité en matière de contrats de franchise. On ne peut qu'approuver les magistrats parisiens de considérer qu'une relation commerciale peut être, *ab initio*, considérée comme établie. Ce sera particulièrement le cas en matière franchise où la seule signature du contrat est le fruit d'un long processus formalisant, déjà, des relations établies⁸⁹⁶.

895 C.A. Paris, 1er décembre 2004, Sté Parfums Parour c/ Sté RWD, *RJDA*, 2005, n° 6, p. 643. Dans le même sens, v. C.A. Aix-en-Provence, 19 novembre 2004, *JurisData* n° 2004-262144.

896 Denis Mazeaud enseigne toutefois que « *tout naturellement, c'est la durée de la relation qui constituera le critère naturel mais pas exclusif de sa stabilité ; sont également prises en considération, l'intensité de la relation sur un plan économique, l'étroitesse de la collaboration des partenaires, etc.* » (D. Mazeaud,

423. Dès lors, plus que la durée de la relation, c'est l'intensité des liens entre les parties qui apparaît le critère le plus pertinent pour caractériser la relation commerciale établie. En ce sens, Monsieur Sébastien Petit, invitant à transcender toute autre considération, relève que « *tous les types de relations commerciales sont donc baignés par l'aura protectrice du grief de rupture abusive dès lors que les rapports entretenus par les anciens partenaires témoignaient d'un degré d'intensité relationnelle suffisant* »⁸⁹⁷. Ceci s'avère donc relativement rassurant pour les franchisés qui, en toute logique, devraient se voir protégés contre une éventuelle rupture brutale dès les premiers instants de leur relation avec le franchiseur, même si le préavis risque alors d'être relativement bref⁸⁹⁸.

2. La notion de rupture brutale

424. Il convient de définir les deux termes de l'incrimination de l'article L. 442-6, I, 5°, savoir rupture (a) et brutalité (b).

a. La notion de rupture

425. **Le non-renouvellement comme rupture ?** La notion de rupture visée par l'article L. 442-6, I, 5°, en dépit de son apparente simplicité, se révèle paradoxalement relativement difficile à appréhender en termes juridiques. Dans le langage commun, le terme de rupture renvoie abstraitement à « *l'interruption, la cessation brusque de ce qui durait* »⁸⁹⁹. Les juristes appréhendent pour leur part la rupture comme la dissolution juridique d'un lien de droit⁹⁰⁰. La combinaison de ces deux définitions du terme amène nécessairement à l'interrogation suivante : la dissolution juridique du lien de droit que constitue le contrat de franchise, prévue et anticipée par les parties par la stipulation d'un terme, peut-elle être constitutive d'une rupture, au sens où a pu l'envisager le législateur ? Autrement dit, le non-renouvellement d'un contrat de franchise à durée déterminée est-il susceptible de tomber sous le coup des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ?

426. Une telle solution, qui conduirait à exiger du franchiseur l'envoi d'un préavis, y compris dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, serait inédite et fortement dérogoire du droit commun⁹⁰¹. Quel besoin de préavis puisque la dissolution du lien contractuel procède directement de la volonté des parties⁹⁰² ? En ce sens, ne peut-on

« Durées et ruptures », *RDC*, 2004, no 1, p. 129 et s., n° 32). Outre l'autorité de son auteur, cette thèse est renforcée par une arrêt de la Cour de cassation en date du 18 décembre 2007 (Cass. Com., 18 décembre 2007, *Computech c/ Cross Data Base Technology*, n° 06-10.390 : Inédit).

897 S. Petit, « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 2008, no 188, p. 33 et s., n° 16.

898 V. infra, n° 431.

899 P. Robert, *Le grand Robert de la langue française*, Tome VIII, Dictionnaires Le Robert, 1996, v. « Rupture ». Définition qui introduit l'idée que l'expression légale de « rupture brutale » est une forme de pléonasme.

900 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., P.U.F., 2011, v. « Rupture ».

901 V. supra, n° 396.

902 Un auteur estime ainsi qu'il est difficile de considérer que l'arrivée du terme est visée par le texte dans la mesure où cet événement n'a « *à première analyse, rien de violent, surprenant et imprévisible puisqu'il*

pas affirmer que le contrat lui-même constitue le meilleur préavis qui puisse être⁹⁰³ ? Au-delà, le terme de rupture renvoie nécessairement à l'action de rompre⁹⁰⁴, c'est-à-dire à une action positive. C'est sous une pression trop importante qu'une branche rompt ; casserait-elle d'elle-même que l'on n'y verrait pas à proprement parler une « rupture ». Souscrivant à une telle analyse, la Cour d'appel de Paris se montre favorable à une interprétation restrictive du texte. Elle affirme notamment, à propos d'un concessionnaire, que « *le refus de reconduction des contrats arrivés à leur terme conformément à la volonté des parties, lesquelles s'étaient prononcées pour un terme prédéfini, ne peut, sauf à dénaturer la substance même des engagements pris, s'analyser en une rupture brutale au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce* »⁹⁰⁵. Cette position avait déjà été affirmée par la même juridiction dans le domaine du contrat de franchise en 2005. La motivation en était similaire et mettait l'accent sur le rôle de la volonté des parties : « *le contrat litigieux a été conclu pour une durée déterminée et, le terme survenu, celui-ci a nécessairement pris fin conformément à la volonté des parties, lesquelles s'étaient prononcées pour un terme prédéfini ; que par suite, et en l'absence au surplus de tout renouvellement antérieur dudit engagement, le refus de renouvellement critiqué ne saurait s'analyser en une rupture brutale au sens de l'article précité* »⁹⁰⁶. Les racines d'une telle jurisprudence sont en vérité relativement anciennes. Dès 1994, sans se baser explicitement sur le texte issu de l'ordonnance de 1986, la Cour de cassation avait pu affirmer que « *le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne constitue pas une rupture des conventions commerciales, lorsque celles-ci ont pris fin en application de la convention, ce qui exclut qu'il y ait rupture* »⁹⁰⁷. Où l'on revient à l'idée qu'une rupture est nécessairement le résultat d'un événement extérieur au contrat.

427. Similitudes avec le droit des obligations. Finalement, l'analyse de la Cour d'appel de Paris, inspirée par la Cour de cassation, revient à transposer au droit de la concurrence l'analyse faite en droit commun sur le fondement de l'abus. La référence à l'absence de renouvellement précédent est à cet égard édifiante, dans la mesure où l'on sait que l'existence de précédents renouvellements successifs ayant pu faire naître la croyance légitime qu'il en serait encore de même peut être l'une des modalités de l'abus

a été prévu dès l'origine » (A. de Brosse, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et patr.*, 2003, no 116, p. 51).

903 Une décision de la Cour d'appel de Paris va ainsi jusqu'à affirmer que « *s'agissant d'un contrat à durée déterminée, le préavis était inscrit dans la disposition du contrat qui prévoyait, dès sa conclusion, la date à laquelle elle prendrait fin* », ce qui justifie que la cessation des relations contractuelles échappe à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (C.A. Paris, 28 juin 2007, SARL AME c/ SA Carré Blanc Distribution, n° 05/10038 : Inédit). Cette décision est toutefois censurée par la Cour de cassation (v. infra, n° 428).

904 En ce sens, v. la définition donnée du terme par Emile Littré (E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome 6, Encyclopedia Britannica Inc., 1994, v. « Rupture »).

905 C.A. Paris, 2 avril 2008, Sté Nouvelle Sociale c/ Sté Peugeot Citroën Automobiles SA, n° 06/09216 : Inédit.

906 C.A. Paris, 12 janvier 2005, SARL Soixante c/ SA ADA, JurisData n° 2005-277027, LPA, 2005, n° 244, p. 9, note Marot.

907 Cass. Com., 5 juillet 1994, SARL Centre de beauté du Faucigny c/ SA Yves Rocher, n° 92-17.918, JurisData n° 1994-002223, *Cont. conc. consom.*, 1994, comm. 219, obs. Leveneur.

du droit de non-renouvellement. Aussi, en matière de contrats de distribution à durée déterminée, une telle interprétation amène à reléguer l'article L. 442-6, I, 5° au rang d'application spécifique de la théorie de l'abus de droit. Car en vérité, si toute rupture brutale peut être qualifiée d'abusives, il est des ruptures qui sont abusives sans nécessairement être brutales. Force est d'ailleurs de constater que si l'on entend le terme de rupture comme synonyme de cessation, il est difficile d'exclure les conventions à durée déterminée du texte. Le non-renouvellement d'une convention à durée déterminée conduit bien à la cessation des relations commerciales.

428. Assouplissements récents. En ce sens, la doctrine est globalement favorable à une interprétation souple du texte. D'aucuns n'hésitent pas à affirmer que « *le dispositif spécial a pour objet d'encadrer le droit de rupture qui résulte de la liberté contractuelle* »⁹⁰⁸ et « *concerne donc [...] le non-renouvellement des contrats à durée déterminée [...] l'article L. 442-6, I, 5° organise un régime de protection qui se veut plus précis que celui assuré par le droit commun* »⁹⁰⁹. Plus nuancés, d'autres enseignent que « *le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée à son échéance peut constituer une rupture au sens de l'article L. 442-6, I, 5° et par conséquent nécessiter l'octroi d'un préavis* »⁹¹⁰. La jurisprudence la plus récente tend elle-même à se laisser séduire par une telle analyse. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles vient ainsi affirmer qu'« *en application de [l'article] L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, un délai de six mois s'imposait comme préavis [de la rupture] des relations commerciales entre les deux sociétés, quand bien même il s'agissait d'un contrat à durée déterminée, puisque ledit contrat avait clairement stipulé une date pour négocier sa reconduction* »⁹¹¹. Certes, la motivation de l'arrêt est assez largement topique et fait nécessairement penser à une décision d'espèce. L'esprit qui s'en dégage n'en demeure pas moins radicalement différent de celui des décisions précédentes. De même, la Cour de cassation est-elle venue censurer un arrêt dans lequel la Cour d'appel de Paris explicitait avec force convictions sa position, bien que ce point du raisonnement des magistrats de la Cour d'appel ne semble pas être la cause principale de la censure⁹¹². Ce courant jurisprudentiel, favorable à l'application de l'article L. 442-

908 C. Lachière, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E*, 2004, 1815.

909 Ibid.

910 K. Haeri et M. Pichon de Bury, « Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », *Contrats, conc. consom.*, 2010, étude 6, n° 13.

911 C.A. Versailles, 7 octobre 2010, SARL Beaver c/ SAS Extelia, n° 09/04974 : Inédit.

912 L'arrêt de la Cour de cassation est ainsi motivé :

« *Attendu que pour rejeter la demande de la société Carré Blanc distribution, l'arrêt retient que le contrat de franchise, initialement prévu pour une durée de cinq ans et non renouvelé, a cessé de produire ses effets le 6 août 2003 ; que les relations commerciales qui procèdent de l'exécution de ce contrat, rompues d'accord entre les parties puisqu'aucune d'elles n'a sollicité le renouvellement du contrat, éventualité pourtant envisagée par son article 3, alinéa 2, n'entrent donc pas dans les prévisions de l'article L. 442-6, I, 5° ; que s'agissant en effet d'un contrat à durée déterminée, le préavis était inscrit dans la disposition du contrat qui prévoyait, dès sa conclusion, la date à laquelle il prendrait fin ; que Carré Blanc n'avait à cette date aucune raison de croire en la pérennité d'un courant d'affaires qu'elle même n'avait témoigné vouloir entretenir ; que si de nouvelles relations ont pris naissance après la rupture du contrat, nécessairement sur de nouvelles bases, en tous cas dans un contexte entièrement différent de celui du contrat de franchise, leur durée doit*

6, I, 5° aux contrats à durée déterminée reste néanmoins plus que fragile. Alors qu'un concessionnaire reprochait directement à une Cour d'appel d'avoir exclu ce texte « *au motif que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'appliquerait pas aux contrats à durée déterminée* », la Cour de cassation n'admet pas le pourvoi estimant, en vertu de l'article 1014 du Code de procédure civile, que les moyens invoqués ne sont pas de nature à permettre son admission⁹¹³. En somme, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'apporte sur ce terrain – pour l'instant au moins – rien que la théorie de l'abus de droit ne permettait déjà...

b. La notion de brutalité

429. Chacun comprend aisément que la rupture peut être qualifiée de brutale lorsqu'elle ne laisse pas un temps suffisant au cocontractant pour réorganiser son activité future : dans le cadre d'un réseau concurrence ou à titre individuel pour le franchisé ; avec un nouveau franchisé si l'on se place dans l'éventualité où le franchisé est à l'origine de la rupture. Le temps nécessaire à une telle réorganisation dépendra donc de nombreux facteurs, que le législateur et la jurisprudence ont peu à peu tenté de cerner. Il est toutefois cohérent que la loi n'ait pas entendu fixer de seuil général et impératif. Au surplus ajoutera-t-on que l'intention première du texte n'était évidemment pas de protéger les membres des réseaux de distribution. Sera donc brutale la rupture qui ne laissera pas au partenaire commercial le temps de préavis suffisant pour organiser sa reconversion. Face à ce texte, la problématique principale est donc de réduire l'incertitude juridique et de définir ce que peut être un « préavis suffisant ». Les praticiens auront sans doute à cœur de suppléer le législateur et de fixer, conventionnellement, une durée que les parties estimeront suffisante. On en revient alors à une problématique déjà abordée sur le terrain de l'abus de droit : le respect du préavis contractuel suffit-il à écarter toute possibilité de brutalité dans la rupture ? La réponse semble affirmative en matière de droit des obligations⁹¹⁴. Sans doute doit-elle être plus nuancée au visa de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

430. **Au-delà du préavis contractuel.** Pour Monsieur le Professeur Philippe Le Tourneau, « *le respect du délai de préavis contractuel n'est pas suffisant pour exonérer un franchiseur du manquement de brusque rupture* »⁹¹⁵. C'est en effet ainsi qu'il en a été jugé

seule être prise en compte pour mesurer le préavis que Ame aurait dû laisser à Carré Blanc avant de prendre l'initiative de rompre ; que la société Ame ayant passé des commandes à la société Carré Blanc distribution jusqu'à la fin janvier 2004, les relations commerciales établies à prendre en compte pour l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ont donc duré cinq mois ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans prendre en compte l'intégralité de la relation commerciale établie entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass. Com., 24 novembre 2009, SARL AME c/ SA Carré Blanc Distribution, n° 07-19.248 : Inédit, Contrats, conc., consom., 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal, JCP E, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux, RDC, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, Concurrences, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier).

913 Cass. Civ. 1ère, 11 juin 2009, Société Nouvelle Laurent et autre c/ Sté Peugeot Citroen Automobiles, n° 08-16.675 : Inédit.

914 V. supra, n° 414 et s.

915 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 657.

par la Cour d'appel de Lyon en matière de concession exclusive⁹¹⁶. Plus récemment, la Cour de cassation a admis un raisonnement identique en approuvant une Cour d'appel qui avait jugé le préavis contractuel d'un mois manifestement insuffisant pour justifier l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce⁹¹⁷. Le pouvoir d'intervention du juge dans le contrat semble donc, assez paradoxalement, bien plus grand en matière de droit de la concurrence qu'en matière de droit des obligations⁹¹⁸. La fonction régulatrice du droit de la concurrence, garant des usages loyaux du commerce, apparaît ici avec une rare netteté⁹¹⁹. La Cour d'appel de Versailles, sans remettre en cause ce principe se montre toutefois plus soucieuse de la protection de la volonté des parties et décide que : « *s'il est exact que le simple respect du préavis contractuel n'est pas nécessairement suffisant au regard des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, il n'en reste pas moins que le contrat fait la loi des parties et que ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle que la durée du préavis contractuel pourra être jugée insuffisante* »⁹²⁰. Relevons, au passage, la singularité des solutions ainsi dégagées sur le plan des principes du droit des obligations. La Cour de cassation semble affirmer que la responsabilité visée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce est de nature délictuelle⁹²¹. On pouvait déjà s'étonner que le strict respect des dispositions contractuelles soit de nature à engager la responsabilité du cocontractant. On ne peut être que frappé d'apprendre que cette responsabilité est de nature délictuelle... Voilà

916 C.A. Lyon, 10 mai 2003, Sté PN Gerolymatos c/ Sté Aventis Pasteur MSD, JurisData n° 2003-218870. La Cour d'appel de Montpellier adopte une motivation similaire : « *Ce texte a vocation à sanctionner la rupture brutale de relations commerciales, [...] qui engage ainsi sa responsabilité sur un fondement délictuel à l'égard du cocontractant auquel la rupture cause un préjudice, même si un préavis prévu contractuellement a été respecté, dès lors que celui-ci est jugé insuffisant* » (C.A. Montpellier, 17 novembre 2009, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Midi c/ Sté BRR, n° 08/07233 : Inédit).

917 Cass. Com., 21 septembre 2010, SAS Transports Graveleau c/ SCP Cure Thiébault, n° 09-15.716, JurisData n° 2010-016576, *Gaz. Pal.*, 2011, n° 26, p. 25, note Carayol, *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 142, note Chagny.

918 Martine Behar-Touchais dénonce « *un pouvoir exorbitant qui est reconnu aux juges [qui] s'exerce à l'encontre de la volonté des parties et de l'article 1134 du Code civil* » et s'insurge contre certaines décisions des juges du fond qui s'avèrent particulièrement tatillonnes, citant un arrêt où « *la rupture a été jugée brutale parce que la victime a eu quatorze mois de préavis alors que, selon les juges du fond, elle aurait dû en avoir dix-huit* » estimant non sans humour que « *si l'entreprise avait donné dix-huit mois de préavis, le juge aurait peut-être décidé qu'il en fallait vingt !* » (C.A. Lyon, 10 avril 2003 : Inédit, cité par Martine Behar-Touchais, « *La rupture d'une relation commerciale établie* », *LPA*, 2008, n° 203, p. 9 et s., n° 17).

919 Le parallèle avec la notion de déséquilibre significatif est aisé à faire et confirme l'idée que le droit de la concurrence est, à l'instar du droit de la consommation, l'un des instruments de régulation contractuelle les plus efficaces du droit contemporain.

920 C.A. Versailles, 20 janvier 2005, SARL Cap Ile de France c/ Distribution Casino France, n° 03/08284 : Inédit.

921 V. en ce sens, par exemple, Cass. Com., 13 janvier 2009, Sté Delor Vincent c/ Sté Renault Agriculture, n° 08-13.971, JurisData n° 2009-046541, *Contrats conc. consom.*, 2009, comm. 72, note Mathey, *D.*, 2009, p. 2888, note Ferrier, *RDC*, 2009, n° 3, p. 1147, note Béhar-Touchais, *RDC*, 2009, n° 3, p. 1016, note Mazeaud, *JCP G*, 2009, I, 138, note Ghestin. Il convient toutefois de noter une décision troublante la première chambre civile qui, dans un litige international, semble opter pour le terrain contractuel (Cass. Civ. 1ère, 6 mars 2007, n° 06-10.946 : *Bull. civ. I*, n° 93, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, p. 67, note Nourissat, *RTD Com.*, 2008, n° 1, p. 210, note Delebecque).

donc que le respect des dispositions contractuelles engage la responsabilité délictuelle du cocontractant !

431. Critères extrêmement divers. Au-delà, il est vrai qu'une telle immixtion du juge dans le contrat a cependant de quoi effrayer juristes et justiciables, principalement franchiseurs dans le cadre de cette étude. Consciente de cette difficulté, la loi du 15 mai 2001⁹²² a fixé deux critères cumulatifs pour la détermination de la durée du préavis : la « durée de la relation commerciale » et la « durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels » ou, à défaut, par des arrêtés du ministère de l'Économie. Or, il n'existe, à notre connaissance, aucun accord interprofessionnel ou arrêté du ministère de l'Économie susceptible de s'appliquer de façon générale aux contrats de franchise⁹²³. Fort de ce constat, c'est donc au juge qu'il appartient de déterminer, dans l'exercice de son pouvoir souverain⁹²⁴, ce qu'est un préavis suffisant au regard du seul critère légal possible à mettre en œuvre : la durée de la relation commerciale⁹²⁵. En réalité, la jurisprudence s'avère bien plus nuancée et prend, plus ou moins explicitement, en compte des critères extrêmement variés pour apprécier la durée d'un préavis suffisant. Il en va ainsi de la spécificité de l'activité exercée⁹²⁶, de la concentration du marché⁹²⁷, de l'état de dépendance économique de la victime⁹²⁸, des investissements réalisés⁹²⁹, ou encore du délai nécessaire à sa reconversion⁹³⁰. Autant dire qu'avec l'interférence d'autant de critères, il sera difficile

922 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

923 En vérité, les rares accords interprofessionnels existants (bricolage, pétrole, imprimerie ou distribution automobile) se limitent à envisager le cas du déréférencement, ce qui était effectivement la situation première visée par le législateur, mais à laquelle on ne peut désormais résumer le champ d'application du texte.

924 Cass. Com., 12 mai 2004, ABCG participation c/ Auchan, n° 01-12.865, *RDC*, 2005, n° 2, p. 491, note Van Eeckhout, *RJ com.*, 2005, n° 2, p. 197, note Lebreton-Derrien, *Concurrences*, 2004, n° 1, p. 65, note Fasquelle, *JCP G*, 2004, n° 49, p. 2213, note Sonet, *JCP E*, 2004, n° 41, p. 1592, note Lachière, *RLDC*, 2004, n° 7, note Doireau, *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 7, p. 20, note Leveneur.

925 A lui seul, ce critère est l'objet d'un abondant contentieux quant à la méthode à employer dans la computation de la durée desdites relations commerciales. Ce contentieux n'est nullement spécifique au contrat de franchise. Bien au contraire, il semble moins important en pareille matière où les relations sont souvent formalisées, facilitant d'autant la détermination de leur point de départ et de fin. Par conséquent, nous nous contenterons de rappeler la substance de la solution retenue par la jurisprudence : la durée de la relation commerciale ne doit pas prendre en compte la seule durée du dernier contrat résilié, mais bien la totalité de la succession des contrats (en ce sens, v. Cass. Com., 29 janvier 2008, Mobil Oil c/ Etablissements X, n° 07-12.039, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 15, note Doireau, *RDC*, 2008, n° 3, p. 860, note Behar-Touchais, *JCP E*, 2009, n° 19, p. 24, note Mainguy).

926 C.A. Pau, 21 février 2006, SARL XA Plast c/ SA Cableries de Bagnères de Bigorre, n° 04/03168 : Inédit.

927 C.A. Rennes, 3 novembre 2009, Sté Audio AG c/ Sté Arbitier, n° 08/07491 : Inédit.

928 Cass. Com., 15 juin 2010, General logistic systems c/ Trans service logistique, n° 09-66.761 : Inédit, *D.*, 2011, p. 540, obs. Ferrier, *JCP E*, 2010 n° 36, p. 30, note Bon-Garcin.

929 C.A. Paris, 17 septembre 2008, Sté SFR c/ Sté Edirect, n° 07/10382 : Inédit

930 C.A. Rennes, 3 novembre 2009, Sté Audio AG c/ Sté Arbitier, n° 08/07491 : Inédit ; C.A. Lyon, 7 janvier 2010, SARL Jema c/ SARL Bleu Blanc Rouge, n° 08/07590 : Inédit ou encore T. com. Nanterre, 25 mai 2010, Karma c/ JT International France, n° 2009f00383 : Inédit.

d'établir une sorte de « barème » des préavis raisonnables⁹³¹... Les tenants de la sécurité juridique en seront pour leurs frais. C'est sans doute le prix à payer pour une interprétation « volontariste » de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, lequel permet, en ce domaine, d'aller plus loin dans la protection du franchisé que le contrôle de l'abus de droit.

B. Les possibilités de rupture brutale d'une relation commerciale établie

432. Les tempéraments de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce tiennent essentiellement au droit commun. Ainsi, la rupture brutale sera possible en cas de force majeure (2) ou d'inexécution par l'une des parties de ses obligations (1).

1. L'inexécution par l'autre partie de ses obligations

433. L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce permet la résiliation sans préavis, à condition de démontrer « l'inexécution par l'autre partie de ses obligations ». En dépit de la formule un peu vague, on ne peut voir dans cette disposition que le renvoi au droit commun des obligations, et plus précisément à l'exception d'inexécution. La jurisprudence a rapidement fait sienne cette analyse, la Cour de cassation ayant par exemple pu indiquer qu'il convenait alors que le cocontractant démontrât l'existence d'une « situation d'une gravité et d'une urgence telles qu'elle justifierait la résiliation unilatérale et immédiate du contrat »⁹³². Bien que les termes diffèrent, l'exigence rejoint assez largement celle d'une « inexécution d'une gravité suffisante »⁹³³ exigée en matière d'*exceptio non adimpleti contractus*. Au-delà de la gravité du manquement, la jurisprudence s'attache également à caractériser la bonne ou la mauvaise foi du cocontractant à l'initiative de la rupture. Il convient en effet d'éviter que des manquements parfois anciens puissent servir a posteriori à justifier une rupture brutale. Comme le note de façon fort pragmatique un auteur, il peut être tentant pour le franchiseur soucieux

931 Certains s'y sont cependant essayés avec un bon sens indéniable : Christophe Lachièze propose ainsi que « toute relation commerciale établie impose le respect d'un délai de préavis minimum de trois voire quatre mois. Et l'on pourrait concevoir que chaque année d'ancienneté de la relation commerciale impliquât un ou deux mois de préavis. On n'oubliera pas cependant que le principe de la liberté contractuelle ne permet pas d'imposer un préavis trop long : quelle que soit l'ancienneté de la relation commerciale, la durée du préavis minimum ne devrait pas dépasser 12 voire 18 mois maximum » (C. Lachièze, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E*, 2004, 1815, n° 17), ce qui amènerait en réalité à une sorte de fonction logarithmique...

Voir également, pour une étude statistique C. Collard et A. Zardkoohi, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : Analyse statistique de la pratique judiciaire liée à la détermination du préavis », *Concurrences*, 2008, no 4, p. 1 et s.

932 Cass. Com., 6 juillet 1999, Sté Civile Communication c/ Sté Aidis, n° 96-20.495 : Inédit, *RJDA*, 1999, n° 1197.

933 Cass. Com., 16 juillet 1980, Buffin, n° 78-15956 : Bull. civ. IV, n° 297. Alain Sériaux propose de voir dans cette exigence une application de la notion de réciprocité que traduit assez bien la loi du talion (A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2e éd., P.U.F., 1998).

de se débarrasser au plus vite de l'un de ses franchisés de « *fouiller dans le passé de la victime de la rupture [pour y] trouver quelque 'inexécution de ses obligations'* »⁹³⁴. Si ceci s'avérait possible, le texte serait alors vidé de sa substance, particulièrement lorsqu'il est appliqué à des conventions complexes telles que le contrat de franchise. Au vu de la multiplicité des obligations et de leur étalement dans le temps, il ne serait pas difficile d'en exciper un prétendu manquement. Aussi, les juridictions s'attachent à vérifier que les prétendues inexécutions ont un lien de causalité suffisant avec la rupture et, notamment, ont fait l'objet de mises en demeure préalables⁹³⁵.

434. L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne peut cependant s'interpréter comme un simple renvoi au droit commun en ce qui concerne la rupture unilatérale des conventions pour cause d'inexécution des obligations d'un cocontractant. En vérité, la lettre même du texte induit un certain paradoxe : l'application du droit commun se fait ici par exception à celle du droit spécial⁹³⁶. Consciemment ou non, la jurisprudence a donc tendance à encadrer très fermement l'invocation de l'exception d'inexécution lorsque celle-ci a pour but d'échapper aux sanctions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a pu décider qu'un franchiseur était mal fondé à se prévaloir de l'*exceptio non adimpleti contractus* à l'égard de son franchisé dans la mesure où le contrat prévoyait qu'il ne pourrait être résilié qu'à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant un mois⁹³⁷.

435. Effacement de la clause résolutoire de plein droit. À l'inverse, la jurisprudence décide – quoique, à notre sens, avec davantage de logique – que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° ne sauraient être écartées par le jeu de stipulations contractuelles. Est ainsi visée la clause résolutoire de plein droit qui, en droit commun, permet la résiliation unilatérale en cas de manquement à une obligation que les parties ont, d'un commun accord, considéré comme essentielle. La Cour de cassation a pu l'affirmer en matière de concession, mais la solution est en tout point transposable au domaine de la franchise. Un contrat de concession automobile prévoyait la rupture de plein droit en cas de manquement du concessionnaire aux méthodes, normes ou standards du constructeur. La Cour de cassation écarte l'application de cette clause résolutoire au motif qu'« *il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant* »⁹³⁸. Si l'on ne peut qu'approuver le principe, qui permet de sauvegarder l'intérêt du texte, son application paraît prêter davantage le flanc à la critique. Faut-il comprendre que le

934 J.-M. Meffre et N. Kouchnir-Cargill, « Pratique, distribution, rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi, 1ère partie : conseils à l'auteur de la rupture », *Dr. et patr.*, 2003, no 121, p. 40.

935 On rejoint, là encore, les critères traditionnels de l'exception d'inexécution.

936 Le texte indique en effet que : « *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations* ».

937 C.A. Paris, 25 novembre 2010, Sté Pergo c/ Me Michel Morand, n° 09/12159 : Inédit.

938 Cass. Com., 25 septembre 2007, Beaumont automobiles c/ M. X... n° 06-15.517 : Inédit, *JCP E*, 2009, n° 16, p. 31, note Ollivry, *D.*, 2008, p. 1115, note Mouly-Guillemard.

respect des méthodes, normes ou standards du constructeur n'est pas, dans un contrat de concession, une obligation essentielle dont le non-respect peut être sanctionné par la résiliation sans préavis ? Si la référence à la théorie de l'exception d'inexécution ne semble faire aucun doute, celle-ci est appréciée avec d'autant plus de rigueur qu'elle apparaît ici doublement dérogatoire : dérogatoire, en droit commun, au principe de la force obligatoire des conventions ; dérogatoire également en ce qu'elle permet d'échapper aux sanctions prévues par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

2. *La force majeure*

436. Cas d'école. Contrairement à l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, la force majeure semble relativement peu utilisée par les plaideurs désireux d'échapper à une sanction sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. En matière de contrat de franchise, on voit mal en effet quel événement à l'origine de la cessation des relations contractuelles serait susceptible de présenter les caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité traditionnellement exigés. À l'extrême limite, seule la disparition totale du franchiseur ou de sa personnalité juridique pourrait être ainsi qualifiée. Fort logiquement, la jurisprudence refuse en revanche toute interprétation extensive de la notion. C'est ainsi que la Cour d'appel de Chambéry rejette l'argumentation d'une entreprise qui mettait en avant la baisse de son carnet de commandes pour justifier la rupture quelque peu hâtive des relations commerciales avec l'un de ses sous-traitants. Pour les magistrats chambériens, la chute des commandes n'avait rien d'imprévisible, pas plus qu'elle ne pouvait être considérée comme extérieure à l'entreprise⁹³⁹. Cette solution, des plus classiques apparaît fort heureuse, même si un auteur a pu regretter que le contexte économique ne soit pas pris en compte dans l'appréciation de la durée du préavis nécessaire⁹⁴⁰. En vérité, plus l'entreprise est de taille importante, plus il paraît difficile d'admettre qu'un événement – quel qu'il soit – soit pour elle imprévisible et insurmontable si bien qu'il l'autoriserait à rompre le contrat⁹⁴¹.

437. Refus des motifs médicaux. À l'inverse, l'entreprise franchisée, société parfois de taille très modeste, voire personne physique, pourra se voir plus facilement déstabilisée. Sa moindre organisation la rend plus difficilement prompte à supporter les divers aléas. Une décision est assez topique en la matière. Une personne physique vendait du linge de maison sous l'égide d'un réseau de franchise, dans une boutique que l'on imagine de taille fort modeste. Tombant malade, la commerçante signale à la tête de réseau qu'elle cesse son activité, sans toutefois respecter le préavis contractuel. Le franchiseur assigne et sollicite la condamnation de son ancienne franchisée sur le fondement de

939 C.A. Chambéry, 8 juillet 2010, n° 09/01911, *Contrats conc. consom.*, 2010, comm. 248, note Mathey.

940 N. Mathey, « La rupture contractuelle face aux circonstances économiques », note sous C.A. Chambéry, 8 juillet 2010, *Contrats, conc. consom.*, 2010, comm. 248.

941 On touche, au reste, ici la frontière avec la théorie de l'imprévision qui ressemble de près à une « force majeure économique ».

l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Constatant que la relation commerciale avait duré huit ans, la Cour d'appel de Dijon estime qu'« *en limitant son préavis à deux mois, alors que le contrat de franchise avait prévu un délai de trois mois, l'ancienne franchisee a commis une faute, ses problèmes de santé n'ayant pas constitué un cas de force majeure de nature à l'exonérer de son obligation de respecter le délai de préavis* »⁹⁴². Il n'est pas interdit de s'interroger sur la nature du trouble causé à la concurrence qui pourrait justifier cette condamnation au titre de la prohibition des pratiques restrictives de concurrence. On est alors bien loin de la philosophie initiale du dispositif qui s'insérait dans le cadre de la prohibition de l'abus de dépendance économique.



438. Le droit de la concurrence a naturellement vocation à influencer sur les modalités de rupture de la relation contractuelle qui, au-delà de ses incidences sur les parties, modifie également la structure de la concurrence au moins au niveau local, les anciens partenaires devenant dès lors concurrents. Une infraction spécifique est au reste prévue s'agissant de la rupture brutale de relations commerciales établies. Si la rupture des contrats de franchise n'était d'évidence pas la préoccupation du législateur lors de l'adoption de ce texte, celui-ci leur est néanmoins incontestablement applicable.

439. Les solutions obtenues sous l'empire du droit de la concurrence demeurent toutefois peu de celles atteintes par la seule application du droit commun des obligations. Au contraire de ce que nous avons éprouvé jusqu'à lors dans notre étude, il est ici possible d'affirmer que l'influence du droit de la concurrence sur le contrat de franchise est relativement minime. Dans certains cas toutefois, le droit de la concurrence permet un interventionnisme du juge dans le contrat plus important que celui que n'autorise le droit commun. C'est ainsi qu'au visa de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, certaines juridictions se sont crues autorisées à fustiger l'absence de préavis dans le cadre du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée⁹⁴³. Une telle solution demeure cependant marginale et, de notre point de vue, fort contestable. De la même manière, le droit des pratiques restrictives de concurrence permet au juge

942 C.A. Dijon, 15 novembre 2007, SA Carré Blanc Distribution c/ Juban, JurisData n° 2007-355669.

943 En ce sens, C.A. Versailles, 7 octobre 2010, SARL Beaver c/ SAS Extelia, n° 09/04974 : Inédit. V. également C. Lachière, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E*, 2004, 1815 et K. Haeri et M. Pichon de Bury, « Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », *Contrats, conc. consom.*, 2010, étude 6, n° 13.

de considérer comme insuffisant la durée d'un préavis contractuellement fixé⁹⁴⁴, ce qui n'est autre qu'une forme de réfaction du contrat⁹⁴⁵.

SECTION II. L'ENCADREMENT DES SUITES DE LA RUPTURE

440. Une fois la rupture du contrat de franchise consommée, les parties ne méritent plus cette appellation et doivent être considérées l'une par rapport à l'autre comme des tiers. Cette analyse contractualiste n'est cependant pas totalement en phase avec une approche plus économique et concurrentielle. La rupture du lien contractuel, juridiquement instantanée, relève d'une quasi-fiction juridique. En vérité, les liens unissant franchiseur et franchisé, tissés souvent à la faveur de longues années de collaboration, ne pourront se dissoudre en un instant. Cet entre-deux, période plus ou moins longue ou ex-franchiseur et ex-franchisé pourraient être qualifiés de « quasi-parties » implique que soit liquidés les derniers vestiges de la collaboration passée. De la même manière qu'après un divorce, il y a lieu de liquider le régime matrimonial des anciens époux, la dissolution du contrat de franchise implique de régler le sort des éléments internes **(I)** et externes d'appartenance au réseau **(II)**. On distinguera ainsi parmi les éléments attractifs de clientèle fournis par le franchiseur au franchisé, ceux qui sont directement visibles par les clients du franchisé de ceux qui participent à l'organisation interne de son commerce. Des solutions retenues pour chacun des éléments participant à l'exploitation du fonds de commerce de l'ancien franchisé dépend inévitablement sa capacité à poursuivre son activité. Le droit de la concurrence ne peut donc y rester indifférent. Car, ainsi que le relève Monsieur Philippe Grignon, « *ce qui compte pour la reconnaissance d'une clientèle attachée à un fonds, ce n'est pas la propriété des éléments d'attractivité de la clientèle mais leur maîtrise juridique et leur exploitation. À la fin du contrat, chacune des parties retrouve, tout en continuant d'en bénéficier naturellement, ses propres éléments d'attractivité, peut les exploiter et donc attirer la clientèle* »⁹⁴⁶.

I. LE SORT DES ÉLÉMENTS INTERNES D'APPARTENANCE AU RÉSEAU

441. Parmi les éléments fournis au franchisé par le réseau et lui procurant un avantage concurrentiel certain, le savoir-faire occupe une place prépondérante. Il convient

944 Cass. Com., 21 septembre 2010, SAS Transports Graveleau c/ SCP Cure Thiébault, n° 09-15.716, JurisData n° 2010-016576, *Gaz. Pal.*, 2011, n° 26, p. 25, note Carayol, *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 142, note Chagny

945 Sur cette notion, v. K. De la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2006.

946 P. Grignon, « Distribution », in *Rép. com. Dalloz*, 2009.

donc de fixer avec précision quelles obligations pèsent sur chacune des parties à l'issue du contrat au regard de ces informations privilégiées (A). Des solutions retenues en la matière dépend largement la capacité concurrentielle de l'ancien franchisé. De façon peut-être moins fondamentale, des interrogations se sont également fait jour au regard du sort du fichier-clients qui, en pratique, a toutefois un rôle capital (B).

A. Le devenir du savoir-faire transmis au franchisé

442. Au-delà de la stipulation de clauses de non-concurrence, la protection naturelle du savoir-faire réside dans l'action en concurrence déloyale. Toutefois, cette protection du savoir-faire, si elle ne doit pas être ignorée, peut apparaître relativement lacunaire (1), si bien que de nombreux contrats de franchise prennent le soin d'insérer une clause spécifique à cet égard (2).

1. La difficile appréhension de la notion de savoir-faire par la concurrence déloyale

443. La protection des idées, et plus largement des éléments immatériels, par le droit de la concurrence alimente régulièrement les débats doctrinaux. À l'idéal, il conviendrait en effet de distinguer ce qui relève du savoir-faire propre au réseau de celui acquis par le franchisé. S'il semble logique de restituer le premier et d'interdire au franchisé de l'utiliser, une solution inverse semble s'imposer s'agissant de l'expérience propre au franchisé (a). Comment cependant mettre en œuvre une telle distinction ? La jurisprudence y a tout simplement renoncé et lui préfère une distinction bien plus pragmatique (b).

a. La délicate distinction doctrinale entre savoir-faire de la franchise et savoir-faire du franchisé

444. **Savoir-faire du franchiseur et expérience du franchisé.** La protection du savoir-faire à l'issue des relations contractuelles pose la question séculaire de la circulation de l'information et des idées⁹⁴⁷. La problématique est bien connue du droit du travail : l'exécution du contrat de travail par le salarié implique l'acquisition par ce dernier d'un certain nombre d'informations sur l'entreprise, d'un savoir-faire, d'une expérience qu'il emportera avec lui à l'issue des relations contractuelles. L'entreprise peut légitimement espérer protéger ce savoir-faire, mais celui-ci « s'est en quelque sorte incorporé au salarié, il s'est mêlé à son propre savoir et sa propre expérience »⁹⁴⁸. En toute rigueur, il conviendrait de distinguer « le savoir-faire de l'entreprise, commercial ou technique »⁹⁴⁹ et « le savoir-faire propre au salarié, inhérent à la qualification professionnelle et à l'expérience de celui-ci, et dont l'entreprise ne peut légitimement prétendre

947 J. Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., L.G.D.J., 2001.

948 M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.*, 1997, p. 207 et s., n° 17.

949 Y. Picod et S. Robinne, « Concurrence (Obligation de non-) », *in Rép. trav. Dalloz*, 2009, n° 44.

conserver l'exclusivité »⁹⁵⁰. Si l'on en perçoit aisément la philosophie, pareille distinction semble difficilement transposable au contrat de franchise où le savoir-faire commercial et technique de l'entreprise se confond le plus souvent avec le savoir-faire propre à l'expérience personnelle du franchisé. Peut-être faut-il, à cet égard, réserver une place particulière aux franchises industrielles où le savoir-faire consiste en des secrets de fabrique ou procédés de fabrication. La distinction entre savoir-faire de la franchise et savoir-faire du franchisé est alors relativement aisée et peut être appréhendée selon les critères traditionnels.

445. Impossible segmentation des informations. Le cas des franchises industrielles demeure cependant un cas d'école compte tenu d'une part de la relative rareté de celles-ci, d'autre part du fait que de tels secrets de fabrique sont le plus souvent protégés par le droit de la propriété industrielle⁹⁵¹. Dans l'immense majorité des cas, le savoir-faire consiste en des méthodes de gestion, un mode d'organisation de l'entreprise⁹⁵² bien plus difficile à identifier et à individualiser qu'un simple procédé de fabrication. Espérer pouvoir segmenter ces informations entre celles propres au franchisé et celles appartenant au réseau relève de la chimère. La difficulté se retrouve dans l'embarras et la division de la doctrine : alors que certains affirment que « *le franchisé, à l'expiration du contrat, pourra utiliser à son profit le savoir-faire transmis, sauf si une clause de confidentialité ou de non-concurrence est stipulée dans le contrat* »⁹⁵³, d'autres enseignent à l'opposé que « *le contrat de franchise impose toujours que le savoir-faire ne puisse plus être exploité par l'ex-franchisé après la fin des relations contractuelles* »⁹⁵⁴, une telle utilisation abusive devant être sanctionnée « *au titre de la concurrence déloyale ou parasitaire* »⁹⁵⁵.

446. Les partisans d'une protection maximale du savoir-faire trouvent dans la réception de la théorie des agissements parasitaires par le droit positif un argument de poids au soutien de leur thèse. Le premier d'entre eux note ainsi qu'« *il y a lieu de recourir à la théorie des agissements parasitaires, afin d'atteindre toute utilisation par un tiers d'un savoir-faire original ayant une valeur économique lorsque le concepteur ne dispose d'aucune action pour faire cesser le trouble* »⁹⁵⁶. La Cour de cassation semble particulièrement sensible à cette analyse et estime en effet que « *le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage*

950 Ibid.

951 L. Idot, « Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence : à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel », in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996 ; D. Poracchia, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », *Dr. et patr.*, 2000, p. 20.

952 Sur la définition du savoir-faire, v. n° 304.

953 M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.*, 1997, p. 207 et s., n° 18.

954 D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », in *Mélanges Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, n° 21.

955 Ibid.

956 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 470.

d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »⁹⁵⁷. Il n'est toutefois pas interdit de penser que l'acquisition du savoir-faire par le franchisé ne s'est précisément pas faite « sans rien dépenser » : elle résulte au contraire du contrat de franchise pour lequel le franchisé a fourni une contrepartie financière au franchiseur. De ce point de vue, peut-être est-elle moins déloyale et illégitime que l'appropriation que pourrait en avoir faite un concurrent traditionnel. En outre, le séduisant recours à la théorie des agissements parasites laisse entier le problème initial de la distinction entre expérience personnelle du franchisé et savoir-faire propre au réseau. Ce sont alors l'intensité et la servilité de l'utilisation du savoir-faire par l'ex-franchisé qui pourront servir d'étalon à la mise en jeu de sa responsabilité délictuelle, avec l'importante marge d'appréciation qu'impliquent ces critères. En réalité, l'étude de la jurisprudence spécifique au contrat de franchise en la matière dénote un certain pragmatisme des juges du fond.

b. La distinction jurisprudentielle pragmatique entre l'idée et sa traduction matérielle

447. Impossible comparaison. La généralisation des clauses de non-concurrence engendre mécaniquement une diminution quantitative de la jurisprudence relative à la concurrence déloyale de l'ancien franchisé. Il est toutefois permis de tirer quelques enseignements des décisions rendues en la matière. En vérité, l'exigence probatoire aboutit, de fait, à contourner le débat quant à la nécessité et à l'intensité d'une éventuelle protection des idées. Que le franchiseur reproche avec succès à son ancien franchisé l'usage de son savoir-faire implique qu'il apporte la preuve d'une telle utilisation. Or, cette preuve, par essence, est matérielle et tangible : le franchisé aura continué à faire usage du logiciel de gestion, il aura conservé la bible de la franchise⁹⁵⁸, ou n'aura pas suffisamment modifié l'agencement de son point de vente⁹⁵⁹... Comment prouver, en revanche, que la réussite de l'ancien franchisé résulte principalement de l'expérience acquise au sein du réseau, laquelle a fait de lui un commerçant plus aguerré et un gestionnaire plus expérimenté ? En somme, faute pour le franchiseur de soumettre à l'analyse des juges du fond des éléments tangibles qui auraient fait l'objet d'un détournement ou d'une imitation, l'action au titre des agissements parasites a toutes les chances de se voir rejetée. Un édifiant arrêt de la Cour d'appel de Paris relève ainsi que dès lors « *qu'il est impossible de comparer les méthodes commerciales et de gestion des deux réseaux, l'agencement de leurs magasins et la présentation de leurs marchandises à la clientèle, la preuve n'est pas établie que les franchisés aient profité des efforts et des investissements réalisés par le franchiseur pour développer leurs propres activités* »⁹⁶⁰.

957 Cass. Com., 26 janvier 1999, Sté Canavese c/ Sté Murisseries du Centre, n° 96-22.457, *D. aff.*, 1999, p. 508, obs. Emery, *D.*, 2000, p. 87, note Serra, *LPA*, 1999, n° 220, p. 11, note Reboul.

958 C.A. Pau, 8 janvier 2008, SA Flora Partner c/ SARL Madyben, *JurisData* n° 2008-355369

959 C.A. Paris, 1er juillet 1993, SARL Favac c/ SA Cinderella, *LPA*, 1993, n° 125, p. 12, note Gast

960 C.A. Paris, 6 mai 2002, SA Aldeta c/ SA Althair, *JurisData* n° 2002-179307. Dans le même sens, v. C.A. Lyon, 13 février 2003, SARL Formaholt c/ SARL Indy, *JurisData* n° 2003-218257

448. Dans la même veine, une Cour d'appel déboute de son action en concurrence déloyale un franchiseur spécialisé dans le soutien scolaire et la mise en relation des professeurs et des parents, au motif que l'ancien franchisé a constitué une société qui exerce son activité « *sous forme de cours collectifs alors que l'autre [le franchiseur] dispense des cours à domicile* »⁹⁶¹. La décision, quoique justifiable d'un point de vue théorique, sera nécessairement de nature à faire naître un doute légitime dans l'esprit du franchiseur sur la capacité de l'action en concurrence déloyale à protéger son savoir-faire, dont on imagine en l'espèce qu'il est parfaitement transposable de cours individuels à des cours collectifs.

449. **Partie émergée du savoir-faire.** L'exigence probatoire aboutit ainsi, en quelque sorte, à ne protéger que la partie « visible » du savoir-faire, ou plus exactement sa traduction matérielle. Il serait en toute hypothèse surprenant qu'une action personnelle telle que l'action en concurrence déloyale s'avère plus protectrice que les actions réelles à disposition de l'éventuel détenteur d'un droit de propriété intellectuelle. Aussi, la jurisprudence est-elle parfois contrainte de rappeler que « *le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé, lui-même étroitement lié à la règle fondamentale de la liberté de la concurrence* »⁹⁶². En dépit de la sévérité apparente de cet attendu⁹⁶³, il ne nous semble y avoir aucune contradiction fondamentale entre le rappel de ce principe et la sanction d'agissements parasitaires. En somme, si l'appropriation de l'idée n'est aucunement fautive⁹⁶⁴, la sanction des conditions de cette appropriation et les modalités de son utilisation demeurent, quant à elle, possible. L'attractivité du droit de la propriété intellectuelle se retrouve encore dans la propension des juges du fonds à s'assurer que le savoir-faire dont il est demandé la protection par le biais de la théorie des agissements parasitaires revêt un minimum d'originalité⁹⁶⁵. Que le problème soit abordé sous l'angle pragmatique de l'exigence probatoire, ou plus

961 C.A. Amiens, 16 novembre 2010, SA Acadomia Groupe c/ SARL Orcea, JurisData n° 2010-028414.

962 C.A. Paris, 18 octobre 2000, Léo, *D.*, 2001, p. 850, note Passa.

963 Pour Jérôme Passa, il s'agit là d'une véritable « réfutation » de la théorie du parasitisme économique (J. Passa, « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », note sous C.A. Paris, 18 octobre 2000, *D.*, 2001, p. 850).

964 L'arrêt précise que les « *économies [...] ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives* », ce qui, a contrario, implique nécessairement que d'autres éléments peuvent rendre, en certaines circonstances, ces économies fautives.

965 V. par exemple C.A. Bordeaux, 14 octobre 2009, SARL Club Inter entreprises Bordeaux c/ SARL Hexa Club, n° 07/05057 : Inédit, relevant « *que l'appelante ne peut se prétendre propriétaire d'un domaine d'activité économique ou d'un marché fût-il 'de niche', en l'espèce la vente à tarifs préférentiels de produits et prestations de loisirs largement entendus, ni d'un type de clientèle tels les comités d'entreprises ou autres collectivités, et le caractère novateur et original du concept qu'elle dit avoir inventé en 1985 et qui reposait essentiellement sur la forme du 'club' impliquant une adhésion pour bénéficier des services ne peut l'être demeuré plus de vingt ans après sans qu'il soit démontré qu'elle en a entretenu l'originalité en le faisant évoluer* ».

théorique des droits et libertés fondamentaux, on retrouve toujours, *in fine*, la distinction bien connue du droit d'auteur entre l'idée et la forme⁹⁶⁶. Aussi, afin de préciser la protection du savoir-faire transmis, certains franchiseurs ont eu l'ingénieuse idée de contractualiser l'obligation de loyauté traditionnellement sanctionnée par le biais de la concurrence déloyale.

2. Vers la contractualisation de l'obligation de concurrence loyale en matière de savoir-faire ?

450. Les clauses définissant les conditions d'utilisation (ou de non-utilisation) du savoir-faire à l'issue du contrat sont légion en matière de franchise. Leur diversité et la multiplicité des obligations qu'il est possible d'imposer au franchisé en la matière posent le problème de leur qualification **(a)** et, corrélativement, de leur régime **(b)**.

a. La qualification délicate d'une exigence contractuelle de loyauté dans l'exercice de la concurrence entre anciens partenaires

451. Dans la mesure où l'étendue de la protection accordée au savoir-faire par le truchement de la responsabilité civile délictuelle peut sembler flottante, la contractualisation de l'exigence de loyauté peut, entre ex-franchisé et franchiseur, apparaître comme une solution séduisante. La jurisprudence offre quelques exemples de ce type de clauses modulant les modalités d'exercice de la concurrence par l'ancien franchisé. L'avantage de ce type de stipulation est évidemment de favoriser la sécurité juridique en prévoyant, souvent de façon très détaillée, la manière dont la confidentialité et l'exclusivité du savoir-faire pourront être préservées. De façon assez traditionnelle, on y trouve souvent l'obligation pour le franchisé de modifier notamment l'agencement et la décoration des locaux. Certains franchiseurs vont même jusqu'à prescrire les couleurs spécifiques que l'ancien franchisé ne pourra plus utiliser le cadre de sa future activité⁹⁶⁷.

452. Ce type de clause doit, à notre sens, être distingué non seulement des clauses de non-concurrence, mais encore des clauses de confidentialité, si bien que l'on peut penser qu'il s'agit de clauses *sui generis*. Elles ne peuvent en effet être assimilées à des clauses de non-concurrence dans la mesure où elles laissent totalement libre l'ancien franchiseur d'exercer son activité, en se contentant de mettre à sa charge une obligation (renforcée) de loyauté post-contractuelle. Elles contractualisent la prohibition de certains comportements qui pourraient être qualifiés de parasites par le juge et permettent ainsi de contourner la marge d'appréciation propre au juge en la matière. Bien évidemment, on peut imaginer des cas limites qui ne manqueront pas de poser des problèmes de qualification : l'excès de loyauté s'accommode mal de la rivalité qui

966 V. supra, n° 447.

967 C.A. Colmar, 7 mars 2006, SA Hypromat France c/ SA Lav'auto, JurisData n° 2006-298557. Une telle prohibition pourrait au reste être obtenue par le truchement du droit des marques, qui n'interdit pas, a priori, la protection d'une couleur.

doit présider aux relations entre concurrents. Il appartiendra alors au juge de qualifier l'obligation de loyauté post-contractuelle en véritable obligation de non-concurrence.

453. Il ne s'agit pas plus, selon nous, de clauses de confidentialité dans la mesure où leur objectif n'est pas seulement de prohiber la divulgation du savoir-faire, mais plus exactement d'en moduler son utilisation à l'issue des relations contractuelles. Certains qualifient des obligations similaires de clauses de confidentialité « renforcées », dans la mesure où en prévoyant que « *le distributeur prendra l'ensemble des mesures nécessaires à la préservation du caractère confidentiel des informations protégées* »⁹⁶⁸, ce type de clause permet au franchiseur, « *à défaut de pouvoir établir que la confidentialité a été mécon nue, la tête de réseau pourra toujours prouver que le distributeur n'a pas pris les précau tions nécessaires pour garantir la confidentialité des informations* »⁹⁶⁹. Cette qualification quelque peu à part des distinctions classiques conduit nécessairement à s'interroger sur le régime à adopter.

b. Le flou du régime

454. **Alignement sur le régime des clauses de non-concurrence ?** En l'absence de jurisprudence sur la question, il semble toutefois que ce type de clause doive être assimilé à des clauses restrictives de concurrence. La solution peut sembler paradoxale dans la mesure où, à strictement parler, l'exigence de loyauté ne restreint en rien l'intensité de la concurrence. Il existe cependant d'autres exemples de clauses qui, aménageant les modalités d'exercice de la concurrence, se voient appliquer le régime spécifique de la clause de non-concurrence. On pense bien évidemment à la clause de non-réaffiliation.

455. La solution est logique : de deux choses l'une ; soit la clause revient à exiger une loyauté plus intense que celle réclamée par la sanction de la concurrence déloyale. Elle restreint dans ce cas inévitablement la marge de manœuvre de l'ancien franchisé et mérite la qualification de clause restrictive de concurrence. Soit, en revanche, cette clause ne fait que reprendre strictement l'exigence légale de loyauté dans l'exercice de la concurrence, auquel cas elle est d'une utilité toute relative et ne nécessite pas un régime particulier, dérogatoire du droit commun. Le régime de telles clauses peut ainsi être fixé par analogie avec les clauses de confidentialité ou de secret dont l'objectif n'est guère différent. Or, on sait que ces dernières bénéficient d'un traitement plutôt favorable par la jurisprudence. La Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt remarqué avait ainsi pu indiquer que « *lorsqu'est en jeu un savoir-faire qu'il s'agit de protéger, la clause de confidentialité vient interdire sa communication à des tiers tandis que la clause de non-concurrence prohibe son exploitation. Cela tient au fait que la clause de confidentialité n'emporte pas, en soi, d'obligation de non-exploitation. Elle n'a, en conséquence, pas à être limitée dans le temps et dans l'espace* »⁹⁷⁰. Cette position est également celle de la Chambre sociale de

968 F.-L. Simon, « Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.*, 2010, no 4, p. 20 et s.

969 Ibid.

970 C.A. Dijon, 6 avril 2000, *D.*, 2002, p. 1271, obs. Robinne.

la Cour de cassation⁹⁷¹. L'incertitude du régime provient donc des légitimes hésitations que l'on peut avoir quant à la qualification de ce type de clause. La jurisprudence sociale permet tout à la fois d'illustrer ces hésitations, tout autant qu'elle guidera sans doute les juridictions civiles ou commerciales éventuellement confrontées à un tel problème. Ainsi, une clause interdisant « *de faire profiter directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, une entreprise concurrente des connaissances acquises [au cours de l'exécution du contrat]* » doit-elle être qualifiée de clause de confidentialité et non de clause de non-concurrence⁹⁷². La solution est affirmée en droit du travail, mais pourrait parfaitement s'appliquer au contrat de franchise.

456. Absence de limitation dans le temps et l'espace. Concernant spécifiquement un contrat de franchise, une décision riche d'enseignements a pu être rendue par la Cour d'appel de Colmar. Les magistrats colmariens avaient à statuer sur une clause qui imposait au franchisé de procéder « *à toute modification complémentaire spécifique des locaux, de leur agencement ou décoration qui seraient nécessaires pour prévenir toute association, confusion ou ressemblance avec le réseau, et notamment modifier les couleurs spécifiques (bleu et blanc)* »⁹⁷³. Or, le franchisé avait continué à user de la couleur bleue, dont il avait modifié la nuance, et qu'il avait associée à la couleur jaune. La Cour d'appel estime que la clause ne pouvait avoir pour conséquence d'interdire au franchisé d'user de la couleur bleue en général, et que les modifications apportées permettaient d'affirmer qu'il n'avait pas violé l'obligation contractuelle précitée. Ainsi, la clause n'est pas qualifiée de clause restrictive de concurrence et n'en emprunte d'ailleurs pas le régime. Son efficacité est cependant toute limitée dans la mesure où l'on conçoit mal, interprétée de la sorte, quel intérêt présente la stipulation par rapport à la protection accordée par l'action en concurrence déloyale. En effet, que le franchisé ait usé d'un bleu identique à celui du réseau, associé aux mêmes couleurs, et celui-ci se serait nécessairement rendu coupable de concurrence déloyale. Aussi, semble-t-il que les rédacteurs de telles clauses soient face à un choix cornélien : échapper au régime des clauses de non-concurrence, au risque de voir les obligations du franchisé réduites à peu de chose ; ou bien se soumettre à un tel régime contraignant, sans bénéficier du confort octroyé par une véritable clause de non-concurrence.

B. Le devenir du fichier-clients créé par le franchisé

457. Il est peu dire que le sort de la clientèle dans le contrat de franchise est l'objet d'un véritable débat⁹⁷⁴. C'est donc tout naturellement que ce débat ressurgit à l'issue des relations contractuelles pour se focaliser sur le sort du fichier-clients. On comprend aisément les enjeux d'un tel listing en terme de fidélisation de la clientèle dans des secteurs tels que la grande distribution. Le franchisé aura le plus grand intérêt à utiliser

971 Cass. Soc., 2 octobre 2001, JurisData n° 2001-011137, *JCP G*, 2001, IV, 2838.

972 Cass. Soc., 13 juillet 1999, n° 96-45.425.

973 C.A. Colmar, 7 mars 2006, SA Hypromat France c/ SA Lav'auto, JurisData n° 2006-298557.

974 Sur cette question, v. supra, n° 232.

ce fichier afin d'informer la clientèle du changement d'enseigne imminent, tandis que franchiseur tentera de conduire cette même clientèle vers un autre point de vente de son réseau. D'un point de vue méthodologique, il convient d'emblée de proscrire tout raisonnement métonymique. La clientèle ne nous paraît pas pouvoir être assimilée au fichier-clients, qui bénéficie d'une qualification juridique propre (1) et donc, nécessairement, d'un régime juridique particulier (2).

1. *Le fichier-clients, un bien autonome de la clientèle*

458. S'il semble clair que le fichier-clients doit être défini négativement par rapport à la clientèle (a), sa qualification intrinsèque demeure incertaine (b).

a. *La nécessaire différenciation entre la clientèle et le fichier-clients*

459. **Assimilation doctrinale.** La question de la propriété du fichier-clients à l'issue des relations contractuelles est parfois réglée, de notre point de vue, un peu rapidement par la doctrine. Les plumes les plus autorisées se montrent ainsi sensibles au raisonnement suivant : « *en l'absence de clause, la Cour de cassation considère que le franchisé dispose d'une clientèle personnelle dès lors qu'il met en œuvre des moyens pour l'attirer et qu'il supporte les risques de l'entreprise. Le fichier-clientèle appartient donc au franchisé et le franchiseur ne peut se l'approprier* »⁹⁷⁵. L'idée avancée est donc que l'arrêt Trévisan aurait implicitement réglé le sort du fichier client, dans la mesure où le propriétaire de ce fichier ne pourrait être que le titulaire de la clientèle. L'analyse a le mérite de la commodité, de la simplicité et surtout de la logique. Elle implique cependant un axiome qui n'est pas explicité, qui consiste à estimer que le fichier-clients n'est qu'une émanation de la clientèle, notion par essence évanescence. Le fichier-clients serait pendant corporel, la traduction matérielle de la clientèle – bien par nature incorporel. Or, il semble contestable de déterminer le propriétaire d'un bien (le fichier-clients) en fonction du propriétaire d'un autre bien (la clientèle). Même si chacun conçoit que ces deux éléments sont intimement liés, ils ne sont pas pour autant identiques, et l'on voit mal quelle règle de droit positif pourrait permettre de justifier une telle solution, dont le sens commun s'accommode pourtant fort aisément.

460. **Distinction légale.** Juridiquement parlant cependant, rien ne permet de justifier une telle assimilation du fichier-clients à la clientèle. Pour achever de s'en convaincre, il suffit peut-être de se tourner vers la pratique et de constater qu'il est fort courant pour une entreprise de céder à un tiers – évoluant souvent sur un marché différent – les informations qu'elle peut détenir sur ses propres clients. Cette entreprise cède-t-elle pour autant sa clientèle, et donc son fonds de commerce ? Personne ne le soutiendrait. Elle ne fait rien de plus que céder un bien incorporel⁹⁷⁶ – un ensemble d'informations, organisées sous une forme rationnelle – à un tiers aux yeux duquel ces

975 M. Malaurie-Vignal, « Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente », Fascicule n° 225, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004, n° 32. Dans le même sens, v. F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 538.

976 Lequel intègre probablement le fonds de commerce de son propriétaire.

informations représentent une valeur non négligeable⁹⁷⁷. Dès lors que l'on admet cette différenciation juridique entre le fichier-clients et la clientèle elle-même, il n'y a plus lieu d'en lier indissociablement les propriétaires. S'agissant de deux biens parfaitement distincts, fichier-clients et clientèle peuvent – en théorie du moins – avoir deux propriétaires différents⁹⁷⁸. La distinction entre le fichier-clients et la clientèle est d'autant plus nette que le fichier-clients bénéficie d'un régime juridique tout à fait particulier, notamment du point de vue de la protection des données personnelles⁹⁷⁹.

b. La qualification du fichier-clients

461. Qualification de base de données. Aussi, le fichier-clients doit-il être qualifié de base de données, au sens de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁸⁰. L'article 10-2° de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) définit les bases de données comme « *les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles, seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tous droits d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes* ». Les droits français⁹⁸¹ et européen⁹⁸² estiment pour leur part que doit être qualifié de base de données « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique*

977 Pour Christine Dubern, la valeur de telles information peut être déterminée par référence à trois critères : la mise à jour régulière des informations qu'il contient, le nombre de commandes passées par un même client sur la période référence, et la valeur des transactions réalisées (C. Dubern, « Protection de la personnalité du consommateur – Droit à l'intégrité morale », Fascicule n° 925, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2003, n° 84). Sur la question de la commercialisation de tels fichiers, v. également C. Zuber et A. Hollande, « La commercialisation des fichiers d'adresses ou de clientèle au regard de la législation Informatique et Libertés », *Comm. com. électr.*, 2000, no 5, p. 10.

978 Si tant est que le terme de « propriétaire » soit adapté au bien nécessairement particulier que constitue la clientèle.

979 Sur cette question, v. notamment C. Dubern, « Protection de la personnalité du consommateur – Droit à l'intégrité morale », Fascicule n° 925, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2003. Les fichiers-clients ont fait l'objet de deux délibérations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération n° 80-21, du 24 juin 1980, *J.O.*, 30 juillet 1980 et délibération n° 96-101 du 19 novembre 1996)

980 En ce sens, F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 538.

Le texte dispose : « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.*

On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen. »

981 Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JORF*, n° 151 du 2 juillet 1998 p. 10075.

982 Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, n° L 77 du 27 mars 1996.

ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Il semble difficile de soutenir qu'un fichier-client, c'est-à-dire la compilation organisée d'informations personnelles propres aux clients – voire aux prospects – d'une entreprise n'entre pas dans ces définitions. Cette constatation ne peut que renforcer l'autonomie juridique du fichier-clients par rapport à la notion de clientèle.

462. La protection du droit de la propriété intellectuelle n'est pas pour autant automatiquement acquise au fichier-clients. L'article 3.1 de la directive du 11 mars 1996 exige en effet que celui-ci révèle une certaine originalité pour pouvoir revendiquer une telle protection. Or, la majorité des fichiers-clients peuvent être appréhendés comme de simples « compilations utilitaires » pour lesquelles il peut être difficile de déceler un choix ou une disposition des matières originale⁹⁸³. La jurisprudence, « absolue »⁹⁸⁴ par la doctrine, se montre toutefois relativement clément⁹⁸⁵. Il n'en reste pas moins que l'originalité doit se retrouver « *dans le classement et dans l'articulation des données* »⁹⁸⁶. C'est ainsi que « *des données classées par ordre alphabétique ou chronologique ne permettront pas de caractériser l'originalité* »⁹⁸⁷. Dans ces conditions, il semble difficile d'admettre la qualification d'œuvre de l'esprit pour l'immense majorité des fichiers-clients⁹⁸⁸.

463. Néanmoins, la seule qualification de base de données permet, indépendamment de celle d'œuvre de l'esprit, de bénéficier d'une certaine protection par le truchement du droit sui generis prévu par les articles L. 341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Le premier de ces textes s'avère d'une importance capitale et dispose, en son premier alinéa : « *le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ». La question de la propriété du fichier-clients semble ainsi réglée par le droit de la propriété intellectuelle. Dès lors, l'approche commercialiste qui consiste à déterminer le titulaire de la clientèle pour identifier, par contrecoup, le propriétaire du fichier-clients semble devoir céder le pas. Deux critères sont ainsi posés : le propriétaire du fichier-clients n'est autre que celui qui a pris « *l'initiative et le risque des investissements* » nécessaires à

983 Il s'agit-là des termes de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle. Les deux éléments étaient jadis cumulatifs. Ils sont devenus alternatifs depuis la réforme du 16 décembre 1996.

984 Le terme est emprunté à Desbois (H. Desbois, *Le Droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz, 1978, n° 30).

985 Le répertoire SIRENE créé et exploité par l'INSEE a ainsi été considéré comme remplissant la condition d'originalité (C.E. Ass., 10 juillet 1996, Sté Direct Mail Promotion c/ INSEE, JurisData n° 1996-050687, RIDA, 1996, n° 4, p. 207, note Kéréver).

986 C. Caron, « Bases de données : droit sui generis, droit d'auteur ou parasitisme ? », *Comm. com. électr.*, 2010, no 9, p. 31.

987 Ibid.

988 Pour refuser une telle qualification, la jurisprudence a pour habitude de relever que le classement des données était « *dicté par le sujet même de la base de données et par son objet* » (T.G.I. Paris, 13 avril 2010, SA Hospimédia c/ SARL Jobtransport, n° 08/17636, JurisData n° 2010-010805, *Comm. com. électr.*, 2010, n° 9, p. 31, note Caron).

la création de ce fichier. Dans le cadre de la relation franchisé-franchiseur, rien ne permet d'affirmer de façon péremptoire que ces deux critères sont systématiquement remplis par le franchisé. Bien au contraire, serait-on tenté d'ajouter. En toute rigueur, le risque n'est donc pas mince d'aboutir à une situation des plus baroques dans laquelle le franchisé, titulaire de sa clientèle, serait dans l'impossibilité d'utiliser le fichier-clients qui en découle⁹⁸⁹, par application du droit *sui generis*.

2. *Le régime en cascade de la protection du fichier-clients*

464. Le fichier-clients bénéficie en réalité d'une double protection : d'une part par le droit de la propriété intellectuelle (a), de l'autre par la théorie du parasitisme économique (b).

a. La protection par le droit de la propriété intellectuelle

465. À supposer qu'il remplisse la condition d'originalité, le fichier-clients est alors susceptible de se voir protégé par le droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit. Cette possibilité semble cependant rester relativement théorique, et la jurisprudence n'en offre – à notre connaissance – aucune illustration, que ce soit dans le domaine de la franchise, ou même plus généralement. Deux explications peuvent être formulées. D'une part, ainsi que nous avons tenté de le démontrer, la protection du fichier-clients, comme plus largement, celle des bases de données, au titre du droit de la propriété intellectuelle est loin d'être acquise de façon automatique. Surtout, comme le note Maître Christophe Caron, « *force est de constater qu'avec la création du droit *sui generis* de producteur de bases de données [...], le droit d'auteur a perdu une grande partie de son utilité* ».

466. C'est donc probablement vers le second rideau de ce régime en cascade que franchiseur et franchisés seront le plus souvent tentés de se tourner pour assurer la protection de « leur » fichier-clients, bien qu'il soit difficile de trouver des illustrations

989 A cet égard, on relèvera un fort intéressant arrêt rendu en 2008 en matière de concession automobile dans lequel la Cour de cassation, utilisant une formule qui ne peut que rappeler celle de l'arrêt Trévisan, estime que le fichier-clients appartient au concédant dans la mesure où « *la clientèle constituée par le concessionnaire pour l'exploitation de la marque Peugeot est attachée à cette marque* » (P. Le Tourneau, « Le franchisage », *JCP CI*, 1980, II, 13362). On comprend cependant mal en quoi l'attachement de la clientèle à la marque est un critère pour déterminer la propriété du fichier-clients. Doit-on estimer, lorsqu'un commerce doit essentiellement sa clientèle à son emplacement, que le fichier-clients est la propriété du bailleur, la clientèle étant attachée au lieu d'exploitation du fonds ?

Un raisonnement de la même veine avait été tenté par la Cour d'appel de Chambéry à propos d'un fichier constitué à partir de carte de fidélité et de réduction dont raffolent les grandes enseignes de distribution alimentaire. L'arrêt avait estimé que dès lors que les avantages liés à la détention d'une carte de fidélité sont financés par la direction nationale, « *la clientèle du magasin titulaire de la carte de fidélité Intermarché est une clientèle attachée à l'enseigne Intermarché* » (C.A. Chambéry, 2 octobre 2007, SA Andey c/ SAS Vanica, JurisData n° 2007-353925, *Contrats conc. consom.*, 2008, comm. 98, note Malaurie-Vignal). Comme le remarque Marie Malaurie-Vignal, « *le financement ne fait pas tout* » et un tel raisonnement apparaît peu conforme à celui suggéré par l'arrêt Trévisan (M. Malaurie-Vignal, « Propriété de la clientèle d'un magasin », note sous C.A. Chambéry, 2 octobre 2007, *Contrats, conc. consom.*, 2008, 44, comm. 98).

jurisprudentielles probantes de telles procédures. Sans doute l'exigence d'investissements substantiels n'est pas étrangère à cette relative rareté. À cet égard, on sait que la jurisprudence exige que les investissements soient spécifiques à la création ou à la maintenance de la base de données⁹⁹⁰. Or, dans la plupart des cas, la création du fichier-clients n'aura pas nécessité d'investissement distinct de ceux nécessaires à l'activité commerciale en elle-même⁹⁹¹. Si bien que la théorie de la concurrence déloyale, en principe reléguée au rang de troisième volet de la protection à toutes les chances d'assurer, en pratique, l'essentiel de celle-ci. Ce d'autant plus que la plasticité du droit commun constitue un atout important, permettant de contourner les éventuelles contradictions qu'aurait pu faire naître une application trop stricte du droit de la propriété intellectuelle.

*b. La protection par la concurrence déloyale
et le parasitisme économique*

467. Publipostage « informatif » à l'attention de la clientèle. Naturellement, le détournement du fichier-clients est encore susceptible d'être protégé par des actions plus classiques. Sans doute, tout comme d'ailleurs l'utilisation induue du savoir-faire, cette pratique pourrait tomber sous le coup des infractions désormais prévues par le Chapitre V du Titre II du Livre III du Code pénal, relatif à l'atteinte au secret des affaires. Plus naturellement encore, ce type de comportement est manifestement constitutif de faits de concurrence déloyale. La jurisprudence en offre diverses illustrations dans le contexte spécifique du contrat de franchise. L'hypothèse classique recoupe celle où le franchiseur adresse un courrier sous forme de publipostage à la clientèle de l'ancien franchisé, afin d'informer les clients de ce dernier sur son départ. On peut s'interroger sur le caractère répréhensible d'un tel comportement. Lorsque l'envoi s'accompagne de propos dénigrants à l'endroit de l'ancien franchisé, ou bien entretient une confusion sur la nature de ses rapports avec le réseau ou avec le franchisé prenant sa suite, la solution paraît relativement évidente. La concurrence déloyale sera manifeste, non point en raison de l'envoi du message, mais davantage à raison des éléments qui le constituent.

468. Absence de manœuvres déloyales. Plus délicate est en revanche l'hypothèse où le franchiseur, agissant sans manifester de courroux particulier à l'égard de son ancien partenaire, désire toutefois informer la clientèle du départ de son franchisé

990 CJCE, 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd et autres c/ William Hill Organization Ltd*, n° C-203/02, *D.*, 2005, p. 1495, note Sirinelli, *RTD com.*, 2005, p. 90, obs. Pollaud-Dullian, *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 2, note Caron.

991 V., par exemple, à propos d'un journal d'annonces légales : C.A. Paris, 18 juin 1999, *Sté Groupe Moniteur c/ Sté Observatoire des marchés publics*, *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 21, note Caron, *JCP E*, 2000, 1377, obs. Gablin, *RIDA*, 2000, n° 1, p. 316. La décision relève que la société « *Groupe Moniteur ne justifie pas d'investissements substantiels dans leur obtention, leur vérification et leur présentation ; qu'elle ne démontre pas engager de frais de promotion auprès des annonceurs, ne vérifie pas les annonces, ne peut se prévaloir d'un travail onéreux de formalisation ; que tout [...] conduit en réalité à estimer que la publication de ces annonces, même si elle implique des charges, n'est pas au premier chef un objet d'investissements, à plus forte raison substantiels, mais au contraire, grâce à la perception de frais d'insertion, une activité lucrative et profitable en elle-même* ».

et, éventuellement, de l'implantation d'un nouveau point de vente du réseau dans le secteur. C'est principalement dans de tels cas que la jurisprudence a eu à se prononcer. Une telle pratique, au demeurant purement informative, mais dont les intentions ne sont d'évidence pas angéliques, est-elle admissible ? La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 12 janvier 2010, répond par l'affirmative. La décision relève que « *la lettre circulaire, postérieure à la cessation du contrat de franchise, afin d'annoncer à la clientèle que le franchisé a quitté le réseau, qu'une nouvelle direction est mise en place en Loire Atlantique et que les contacts seront désormais obtenus en composant un nouveau numéro de téléphone revêt un caractère purement informatif et est exempte de manœuvres déloyales* »⁹⁹². Prudents, les magistrats rennais prennent soin d'ajouter que « *rien ne démontre que l'envoi de ce courrier ait été réalisé au moyen du fichier de clientèle obtenu dans des circonstances reprochables* »⁹⁹³, même si en pratique, une telle affirmation peut paraître contestable.

469. Condamnation de principe ? La solution ne fait cependant pas l'unanimité : dans un arrêt plus ancien, rendu quelques mois avant le célèbre arrêt Trévisan, la Cour d'appel de Paris avait pris le parti de condamner une telle pratique. L'espèce présentait cependant la particularité qu'une clause mentionnant que le fichier était la propriété exclusive du franchisé avait été insérée au contrat. En pareil cas, la Cour d'appel de Paris estime que la concurrence déloyale est constituée, le franchiseur ayant adressé des courriers aux clients du franchisé leur indiquant les coordonnées de ses nouveaux correspondants⁹⁹⁴. Au-delà du problème spécifique du détournement du fichier-clients, de telles pratiques – à supposer qu'elles interviennent avant l'expiration du contrat – sont également susceptibles de heurter l'éventuelle clause d'exclusivité concédée au franchisé. En effet, l'annonce de l'installation d'un nouveau franchisé dans le territoire concédé au franchisé sur le départ est peu compatible avec le monopôle contractuel de ce dernier sur cette zone. Au final, une appréciation cas par cas semble indispensable en pareille matière. Il paraît en revanche évident que la prudence la plus extrême s'impose dans la rédaction d'un éventuel message informatif à l'adresse de la clientèle qui ne paraît admissible que tant qu'il fait preuve d'une objectivité et d'une impartialité des plus totales. L'idéal serait probablement que le contenu en soit déterminé conjointement entre franchiseur et franchisé, mais c'est peut-être pousser trop loin le devoir de collaboration à une période où il n'est plus toujours d'actualité.

II. LE SORT DES ÉLÉMENTS EXTERNES D'APPARTENANCE AU RÉSEAU

470. La protection des signes distinctifs extérieurs du réseau est le terrain favori de l'action en concurrence déloyale. L'exigence probatoire ne constitue plus un obstacle quasi insurmontable comme elle pouvait sembler l'être en matière de protection

992 C.A. Rennes, 12 janvier 2010, SARL Fest Breizh c/ SARL TB Expansion, JurisData n° 2010-015078.

993 Ibid.

994 C.A. Paris, 14 janvier 2002, Sté Audika, BRDA, 2002, n° 8, n° 18.

d'éléments incorporels, tels le savoir-faire⁹⁹⁵. Pour être particulièrement efficace, l'action en concurrence déloyale n'en est pas pour le moins exclusive, et se voit souvent exercée de façon subsidiaire à une action en contrefaçon⁹⁹⁶. Il est vrai que le franchisé aura le plus souvent pris soin de protéger les éléments extérieurs de ralliement de clientèle par le biais notamment du droit des marques. Le domaine de l'action en concurrence déloyale est encore restreint par les clauses de non-concurrence, lesquelles déportent la sanction des comportements du terrain extracontractuel au domaine contractuel. Il n'en reste pas moins que de nombreuses décisions, principalement des juges du fond, illustrent si besoin était la pertinence de ce fondement pour protéger efficacement le réseau contre un ancien franchisé indélicat. Reprenant partiellement la classification traditionnelle de Roubier, il nous semble possible de distinguer les hypothèses où le risque de concurrence déloyale provient d'une confusion entre le franchisé et les membres du réseau **(A)**, de celles où l'abus de concurrence résulte d'un dénigrement ou d'une désorganisation du réseau par l'ex-franchisé **(B)**.

A. La sanction de la confusion entre l'ancien franchisé et les membres du réseau

471. Deux situations factuelles, qui sont loin d'être des hypothèses d'école si l'on en croit l'abondance de la jurisprudence, sont susceptibles de générer une confusion entre l'ancien franchisé et le réseau auquel il appartenait. Tantôt le franchisé tardera ou refusera d'ôter les signes distinctifs qui lui avaient été fournis par la tête de réseau **(1)**. De façon tout aussi fréquente, il arrive également – par mimétisme ou habitude – que le franchisé prenant l'initiative de créer de nouveaux signes distinctifs le fasse en s'inspirant plus ou moins directement de ceux qui étaient auparavant les siens **(2)**.

1. La confusion générée par le maintien des anciens signes distinctifs

472. Un contentieux fréquent se noue quant à l'usage des signes distinctifs du réseau à l'issue des relations contractuelles. Nombreux sont les anciens franchisés qui, sans nécessairement avoir l'intention de nuire, tardent à s'affranchir totalement des signes extérieurs qui manifestaient, aux yeux de la clientèle, leur appartenance au réseau. Cette confusion est généralement le fruit soit du maintien de l'enseigne ou de la marque **(a)**, soit de la poursuite de la commercialisation des produits distribués par le réseau **(b)**.

a. Le maintien par l'ancien franchisé de l'enseigne du réseau

473. **Condamnation de principe.** Fort logiquement, en quittant le réseau, le franchisé s'interdit l'usage de l'enseigne, propriété du franchiseur. Outre, éventuellement, l'action en contrefaçon, l'action en concurrence déloyale est évidemment à même

995 Sur cette question, v. n° 442.

996 V. par exemple, C. Guiu et M. Tresse, « La protection du réseau de franchise par les droits de propriété industrielle », *D. aff.*, 1999, no 170, p. 1154 et s. ou C.A. Douai, 15 Février 1999, Sté Number One c/ Sté ADA, JurisData n° 1999-041445.

de sanctionner le comportement du franchisé qui continuerait à faire usage de cette enseigne, postérieurement à la cessation des relations contractuelles⁹⁹⁷, le franchiseur ayant tout loisir de porter le litige devant la juridiction des référés⁹⁹⁸. Le problème majeur soulevé par cette situation classique ne se situe pas au niveau de la faute, laquelle est a priori évidente et aisée à prouver. Il est d'ailleurs notable de constater que la plupart des décisions en la matière s'attardent très peu sur la caractérisation du comportement du franchisé, lequel n'est presque jamais rattaché à l'une des catégories classiques des actes de concurrence déloyale. Les magistrats se contentent en général de constater le maintien de l'enseigne, lequel suffit *per se*, à caractériser une concurrence déloyale, la génération d'une confusion étant si évidente qu'elle est généralement sous-entendue⁹⁹⁹.

474. Clémence exceptionnelle. Certaines décisions font toutefois preuve d'une certaine clémence, la Cour d'appel de Paris ayant notamment pu juger que « *le fait que l'enseigne du franchiseur ait été maintenue sur le magasin du franchisé, pendant les quelques mois qui ont suivi la résiliation, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, puisque le magasin était alors fermé pour travaux et que l'enseigne a été enlevée dès la reprise de l'activité commerciale* »¹⁰⁰⁰. Sans doute pour éviter ce genre de difficultés, la pratique est, là encore, assez prompte à contractualiser l'obligation de loyauté. Les contrats de franchises comportent donc l'obligation pour le franchisé de démonter l'enseigne à l'issue des relations avec le franchiseur, son éventuelle défaillance étant sanctionnée par une astreinte ou une clause pénale. Le contrat permet ainsi une automatiser des sanctions qui pourraient être obtenues par le biais de la concurrence déloyale, ce qui permet d'en amplifier l'effet comminatoire. À ce titre, une décision rappelle fort à propos que la stipulation d'une telle clause rend indifférente la preuve d'un préjudice pour exiger l'exécution de l'obligation du franchisé¹⁰⁰¹. La solution n'est rien d'autre qu'une application des plus classiques de l'article 1143 du Code civil¹⁰⁰². Encore faut-il préciser que le principe de non-cumul des fondements de responsabilité a toute voca-

997 Pour une illustration, v. C.A. Paris, 19 novembre 2008, SARL Gerdy c/ SA Alizés, JurisData n° 2008-372538.

998 V., pour le problème inverse, consistant à exiger du franchisé le maintien de l'enseigne du réseau pendant la durée des relations contractuelles : C.A. Rouen, 13 mars 2007, SA ITM Entreprises c/ SA Nonancourt Distribution, JurisData n° 2007-332205.

999 V. cependant contra C.A. Chambéry, 30 mai 2006, Sté Profil Autoloc c/ Sté Agir, JurisData n° 2006-312337. D'autres décisions estiment, de façon assez étonnante, que le maintien de l'enseigne par le franchisé est caractéristique d'un parasitisme, le franchisé profitant indument de la renommée de la marque (C.A. Douai, 15 Février 1999, Sté Number One c/ Sté ADA, JurisData n° 1999-041445).

1000 C.A. Paris, 6 février 2003, SA Nouvelle vision c/ SA ENA, JurisData n° 2003-206356. L'analyse nous paraît cependant contestable, l'arrêt semblant exclure la responsabilité du franchisé sur le terrain de la faute. Or, celle-ci est d'évidence caractérisée. Pouvaient en revanche se poser la question du préjudice subi par le franchiseur, lequel en l'absence d'ouverture du magasin est sans doute proche de zéro (excepté peut-être un préjudice moral au titre de la perte d'image).

1001 C.A. Douai, 9 avril 2009, SA Okadi c/ SARL MD Lens, n° 08/00619 : Inédit ; *ibid.*

1002 V. en ce sens Cass. Civ. 3e, 13 novembre 1997, n° 95-21.311 : Bull. civ. III, n° 202, *RTD civ.*, 1998, p. 124, obs. Jourdain, *Defrénois*, 1998, art. 36850, obs. Sénéchal, *D.*, 1998, somm., p. 97, obs. Honorat.

tion à s'appliquer et interdit au franchiseur de solliciter une double indemnisation de la part du franchisé indélicat, à la fois sur le terrain contractuel et délictuel¹⁰⁰³.

b. La commercialisation par l'ancien franchisé des produits du réseau

475. Problème des stocks du franchisé. Si la question de la « neutralisation »¹⁰⁰⁴ de l'ancien franchisé en ce qui concerne l'enseigne ou la marque est relativement classique, la problématique du sort des stocks constitués au cours de l'exécution du contrat est plus originale et plus spécifique aux modes de distribution en réseau tels que la franchise. Il est en effet probable que le franchisé conserve, à l'issue du contrat, une certaine quantité de marchandises qu'il distribuait jadis en tant que membre du réseau. S'il paraît difficile d'interdire au franchisé de commercialiser ces produits dont il reste, indéniablement, le propriétaire en dépit du sort du contrat de franchise, on peut également comprendre les craintes du franchiseur, voyant ainsi son ancien franchisé se transformer en franc-tireur¹⁰⁰⁵. En matière de concession exclusive, il avait été admis que la vente des produits par le concédant était « *implicitement liée au maintien du contrat de concession exclusive et donc affectée d'une condition résolutoire constituée par la fin du contrat* »¹⁰⁰⁶. La doctrine a également pu suggérer que le concessionnaire placé dans l'impossibilité de revendre les produits après la fin du contrat subissait un trouble de jouissance dû au fait personnel du concédant dont ce dernier lui devait réparation au titre de la garantie d'éviction de l'article 1626 du Code civil¹⁰⁰⁷.

476. Absence de consensus jurisprudentiel. Le droit de la concurrence n'est pas en reste et l'on peut légitimement s'interroger sur la possibilité pour l'ancien franchisé de revendre de tels produits, sans pour autant se rendre coupable d'actes de concurrence déloyale. La jurisprudence sur la question est relativement peu fournie si bien qu'aucune solution de principe ne peut en être dégagée. Une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation reconnaît un ancien concessionnaire ayant liquidé son stock coupable de concurrence déloyale¹⁰⁰⁸. À l'inverse, une décision plus récente d'une Cour d'appel estime que « *le contrat n'interdisant pas de vendre le stock constitué pendant l'exécution du contrat, il n'y a pas lieu d'enjoindre au franchisé de cesser de commercialiser les produits en stock* »¹⁰⁰⁹. Plus nuancée et originale, une décision de la Cour d'appel

1003 C.A. Paris, 20 juin 2007, SARL DL c/ SA AFME, JurisData n° 2007-344968.

1004 L'expression est empruntée à Didier Ferrier (D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 710)

1005 Sur cette question, v. n° 558.

1006 D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 661. V. en ce sens C.A. Paris, 12 octobre 1966, Sté Massey Ferguson c/ Sté des Etablissements Rivière et Cie, *D.*, 1967, p. 516 et Cass. Com., 22 janvier 1969, Sté Massey Ferguson c/ Sté des Etablissements Rivière et Cie, *JCP G*, 1969, II, 16066, note Hémard

1007 En ce sens, M. Cabrillac, « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », *D.*, 1964, chron., p. 181.

1008 Cass. Com., 13 mai 1975, *JCP G*, 1975, IV, 211 et Cass. Com., 19 octobre 1983, n° 82-12619 : Bull. civ. IV, n° 271.

1009 C.A. Colmar, 12 septembre 2006, SA Mobilier Européen c/ SARL Sogec, JurisData n° 2006-316629. La Cour statue toutefois en matière de référé, ce qui doit amener à relativiser la portée jurisprudentielle de l'arrêt.

de Douai estime que la liquidation du stock par l'ancien franchisé est susceptible de constituer un parasitisme. En effet, l'ancien franchisé, exonéré de redevances envers le franchiseur depuis la rupture de son contrat de franchise, profiterait de la renommée de la marque du franchiseur et de ses campagnes publicitaires pour maintenir sa clientèle¹⁰¹⁰.

477. Nécessité d'alignement sur la revente parallèle par un tiers. Il nous semble toutefois que le problème mérite d'être abordé sous un autre angle. Peut-être faut-il partir de l'évidence au terme de laquelle l'ancien franchisé n'est plus membre du réseau, à l'égard duquel il est désormais un tiers à l'instar de n'importe quel autre concurrent. Or, la question de savoir si un tiers au réseau a la possibilité de commercialiser des produits faisant l'objet d'un réseau de distribution sélective a nourri une abondante littérature¹⁰¹¹. Elle est désormais bien cernée par la jurisprudence qui, schématiquement, distingue selon que l'approvisionnement hors réseau a, ou non, été fait dans des conditions licites. Transposée à l'ancien franchisé – dont on voit mal comment il pourrait être traité plus durement que n'importe quel autre concurrent – cette analyse doit conduire à admettre la licéité de la liquidation du stock, les marchandises en question ayant été achetées conformément au contrat de franchise. Tel n'est naturellement pas le cas de produits contrefaits ou imitant les produits du franchiseur, ainsi que l'ont déjà jugé de nombreuses juridictions¹⁰¹².

2. La confusion générée par la création de nouveaux signes distinctifs

478. Solutions classiques. Au-delà du maintien à proprement parler des signes distinctifs de son ancien réseau, le franchisé est également susceptible de créer de nouveaux signes pour continuer son activité¹⁰¹³. Cette situation n'appelle pas de développements particuliers, dans la mesure où elle ne présente aucune spécificité au regard du droit de la concurrence, l'ancien franchisé étant alors redevenu un concurrent parmi d'autres. A cet égard, l'exercice d'une activité directement concurrente, y compris sous une enseigne proche de celle du réseau, n'est pas en soi fautive tant que le franchiseur est défaillant à démontrer un risque de confusion ou tout autre élément de nature à caractériser la déloyauté de l'ancien franchisé libéré de son obligation de non-concurrence¹⁰¹⁴. En guise d'illustration de cette solution des plus classiques, il peut être

1010 C.A. Douai, 15 Février 1999, Sté Number One c/ Sté ADA, JurisData n° 1999-041445

1011 Sur cette question, v. infra, n° 536 et s.

1012 En ce sens, C.A. Paris, 8 novembre 1990, Sté Rigodon c/ Otte, JurisData n° 1990-025130 ou C.A. Paris, 20 novembre 1987, Sté Ecole de pilotage Le Luc c/ Sté Ecole de pilotage Jean-Michel Fabre, JurisData n° 1987-027309.

1013 A supposer qu'il ne soit pas lié par une clause de non-concurrence, ce qui est relativement peu probable. Si tel est le cas, le problème sera néanmoins susceptible de se poser à l'issue de la période de non-concurrence.

1014 C.A. Nîmes, 9 octobre 2008, SARL Paraland Beuteland c/ SELARL Bauland & Gladel, JurisData n° 2008-007474 : « *Le seul fait pour le franchisé d'exercer, après l'échéance de la clause de non concurrence, une activité concurrente de celle du franchiseur n'est pas constitutif d'une déloyauté, étant rappelé qu'en matière commerciale, le principe est celui de la libre concurrence entre les acteurs économiques dès lors que ne sont pas employés des moyens illicites, déloyaux ou parasitaires. Sur le fait d'avoir créé une confusion entre*

mentionné un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui retient qu'il n'existe pas « *dans l'esprit d'une clientèle moyennement attentive, de confusion possible entre l'enseigne à consonance anglo-saxonne Paraland Beauteland et l'enseigne franco-française Paraligne Beauté, le radical Para étant communément employé en matière de parapharmacie* »¹⁰¹⁵. Une telle motivation pourrait parfaitement être employée entre deux concurrents ordinaires.

B. La sanction du dénigrement et de la désorganisation du réseau par l'ancien franchisé

479. Bien qu'elles soient souvent liées, ces deux méthodes considérées comme de la concurrence déloyale seront successivement abordées (1), l'étude du dénigrement du réseau par le franchisé précédant celle d'une éventuelle désorganisation (2).

1. Le dénigrement du réseau par l'ancien franchisé

480. Si les solutions retenues en la matière peuvent, de prime abord, répondre en tout point aux exigences classiques en matière de dénigrement (a), une étude plus détaillée permet de montrer une relative spécificité inhérente à l'exigence de publicité du dénigrement (b).

a. Une solution en apparence classique

481. La confusion avec l'ancien réseau de franchise n'est pas systématiquement animée d'une intention de nuire et peut résulter de la simple négligence du franchisé omettant, par exemple, de démonter l'enseigne du réseau auquel il appartenait. Toutefois, la rupture des relations contractuelles peut amener à tendre considérablement les relations entre anciens partenaires, si bien qu'un important contentieux se noue autour de pratiques qui révèlent, quant à elles, une intention de nuire manifeste et systématique¹⁰¹⁶. Débauchage au sein des membres du réseau et dénigrement de ce même réseau en sont les manifestations les plus fréquentes en matière de franchise. L'exemple classique est celui de l'ancien franchisé qui, par souci de vengeance ou s'estimant investi d'un devoir d'information, croit bon de faire état de ses doléances envers le réseau qu'il vient de quitter. C'est ainsi qu'un franchisé manifestement mécontent écrivait à ses anciens partenaires pour leur expliquer « *les vraies raisons de [sa] démission* », terminant en ces termes : « *cela mériterait un article en presse professionnelle sur*

les signes utilisés, il n'existe pas, dans l'esprit d'une clientèle moyennement attentive, de confusion possible entre l'enseigne à consonance anglo-saxonne ParaLand BeautéLand et l'enseigne franco-française Paraligne Beauté, le radical Para étant communément employé en matière de parapharmacie ».

1015 Ibid.

1016 On rangera sous cette catégorie deux des quatre comportements constitutifs de concurrence déloyale selon Roubier (P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1, Sirey, 1952, n° 110) : le dénigrement de l'entreprise concurrente et la désorganisation interne d'une entreprise rivale. La confusion, qui peut-être un acte quasi délictuel comme délictuel a été étudiée précédemment. Quant à la désorganisation générale du marché, elle ne concerne pas directement les relations entre les parties, objet de ces développements.

les pièges de la franchise et si dans l'avenir on vous propose d'autres bonnes affaires, un bon conseil : soyez prudents et restez vigilants »¹⁰¹⁷. La jurisprudence est assez prompte à condamner de tels agissements, qu'elle estime contraires à la loyauté du commerce en tant que constitutifs de dénigrement¹⁰¹⁸.

b. Une solution innovante quant à l'exigence de publicité du dénigrement

482. Absence de publicité à l'égard des clients finals. La solution mérite sans doute que l'on s'y attarde quelque peu, bien qu'elle paraisse de prime abord, extrêmement classique. Il faut rappeler que « *pour être constitué, le dénigrement doit être public* »¹⁰¹⁹, c'est-à-dire que « *le support des propos dénigrants doit faire l'objet d'une certaine publicité, celle-ci étant indispensable pour que le dénigrement soit susceptible de produire des effets dommageables vis-à-vis de la clientèle* »¹⁰²⁰. Or, en l'espèce, les clients fréquentant les boutiques franchisées ne sont nullement la cible des attaques des anciens franchisés, dont ils ignorent tout. Est-ce à dire que la condition de publicité propre au dénigrement n'est pas remplie, témoignant d'un certain laxisme des tribunaux dans l'application du dénigrement aux réseaux de franchise ? Nous ne le pensons pas. Nous voyons au contraire dans de telles solutions la confirmation de l'idée selon laquelle la clientèle du franchiseur, ce sont les franchisés¹⁰²¹. C'est donc bien directement à cette clientèle que l'ancien franchisé s'adresse, la condition de publicité étant ainsi remplie.

483. De façon plus anecdotique, la dégradation des rapports entre franchiseur et franchisé est parfois telle que la tête de réseau elle-même se laisse aller à quelques commentaires désobligeants sur la personne de son ancien partenaire¹⁰²². Cette situation ne présente cependant pas d'intérêt majeur du point de vue théorique, dans la mesure où elle peut se résumer à une application des plus classiques de l'un des cas de concurrence déloyale¹⁰²³.

2. La désorganisation du réseau par l'ancien franchisé

484. « Débauchage » d'autres franchisés. Bien souvent, dans le cadre des relations post-contractuelles entre franchiseur et franchisé, dénigrement et désorganisation se confondent. Il arrive en effet que le franchisé évincé envisage de créer à son tour un réseau concurrent, et tente à cette fin de recruter ses anciens co-franchisés. C'est ainsi qu'une Cour d'appel peut par exemple relever qu'« *en adressant aux autres franchisés un courrier expliquant sa sortie du réseau par sa volonté de sauvegarder son investissement mis*

1017 C.A. Paris, 20 septembre 1994, SA France Chauffage c/ SA Villin, JurisData n° 1994-023140.

1018 Ibid., ou encore C.A. Paris, 23 novembre 2006, Sté Rétépil c/ Sté Arwen, JurisData n° 2006-339929.

1019 Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *in Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 164.

1020 Ibid.

1021 Sur cette question, v. n° 237.

1022 C.A. Paris, 23 novembre 2006, Sté Rétépil c/ Sté Arwen, JurisData n° 2006-339929.

1023 Ce à quoi un esprit tatillon objecterait peut-être que franchisé et franchiseur ne sont pas directement concurrents ; mais l'on sait qu'un rapport de concurrence au sens étroit du terme n'est plus nécessairement une condition à l'admission de l'action en concurrence déloyale.

en péril pas le franchiseur, le franchisé a tenté de débaucher les autres franchisés pour les rallier au réseau qu'il créait concomitamment »¹⁰²⁴. La solution, bien que parfaitement intelligible, nous paraît discutable dans ses fondements juridiques. En effet, le débauchage est généralement appréhendé comme visant exclusivement le personnel, c'est-à-dire les salariés de l'entreprise¹⁰²⁵. Or, en toute rigueur, il semble délicat d'assimiler les franchisés à des salariés. Bien évidemment, rien ne s'oppose à envisager de façon plus large la notion de débauchage, de sorte à y inclure les franchisés, voire à considérer que de tels actes sont constitutifs de désorganisation, notion plus large que celle de débauchage.

485. Débauchage ou démarchage ? Pourtant, fidèles à notre lecture des relations entre franchisé et franchiseur¹⁰²⁶, nous nous risquerons à proposer une troisième qualification à cette situation de fait. Si la sollicitation des franchisés pour qu'ils rallient un réseau concurrent ne peut – à notre sens – être assimilée au débauchage d'un salarié, elle s'apparente en revanche à la sollicitation systématique des clients du franchiseur que sont les franchisés, c'est-à-dire à du démarchage. Sans doute objectera-t-on que le contrat liant le franchiseur aux franchisés a davantage de points communs avec un contrat de travail qu'avec les contrats qui peuvent traditionnellement se nouer entre un commerçant et ses clients. Tandis en effet que les deux premiers sont des contrats à exécution successive, généralement écrits et relativement sophistiqués, les contrats conclus entre un commerçant et sa clientèle ne sont le plus souvent que des contrats instantanés (le plus souvent de vente), lesquels ne font l'objet d'aucune formalisation. Cette distinction, si elle ne nous paraît nullement déterminante, introduit cependant un certain biais dans l'analyse. En effet, selon Madame Muriel Texier, le régime du débauchage dépend de ce que le salarié est ou non encore lié par un contrat de travail. Dans l'affirmative, il faut encore distinguer selon que ce contrat contient ou non une clause de non-concurrence¹⁰²⁷. À l'inverse, le démarchage est, selon cet auteur, a priori licite sauf à caractériser un comportement fautif dans son exercice¹⁰²⁸. Il semblerait ainsi logique d'aligner le régime de la sollicitation des franchisés sur celui du débauchage – les critères retenus pour le contrat de travail étant parfaitement transposables. À l'inverse, poser une présomption simple de licéité pour un tel comportement peut sembler relativement étonnant. Cependant, la rigueur paraît commander de ne pas faire découler la qualification du régime attendu ou supposé. Au surplus, le comportement fautif dans le démarchage des franchisés pourra résulter de divers éléments au premier rang desquels la volonté de désorganiser le réseau ou encore, plus simplement,

1024 C.A. Paris, 23 novembre 2006, Sté Rétépil c/ Sté Arwen, JurisData n° 2006-339929.

1025 V. en ce sens Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 169 ou M. Texier, *La désorganisation : contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, P.U.P., 2006, n° 403 et s.

1026 Sur ce point, v. supra, n° 232.

1027 M. Texier, *La désorganisation : contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, P.U.P., 2006, n° 404 et s.

1028 Ibid., n° 424.

la complicité dans la violation d'obligations contractuelles (de non-concurrence) par les franchisés démarchés.



486. Au final, la régulation des relations entre les anciens partenaires pourrait en apparence sembler extrêmement classique, reposant principalement sur les canons éprouvés du droit de la concurrence déloyale. À y regarder de plus près, la réalité est plus complexe. Le régime en cascade de protection de certains signes distinctifs est une première source de difficultés. Ainsi, le propriétaire du fichier-clients au sens du droit de la propriété intellectuelle n'est-il pas nécessairement le franchisé, pourtant titulaire de la clientèle au sens du droit commercial. De la même manière, la question du problème de l'écoulement des stocks par l'ancien franchisé peut aboutir à des solutions différentes selon que l'on considère cette situation comme un cas classique de concurrence déloyale par confusion ou que l'on raisonne par analogie avec la jurisprudence forgée en matière de distribution parallèle. Au-delà de ces difficultés méthodologiques se pose la question plus fondamentale et déjà abordée sous l'angle des justifications de la clause de non-concurrence de la protection du savoir-faire. À raison du principe de libre circulation des idées, celle-ci apparaît relativement difficile à organiser. À dire vrai, il semble inévitable que le franchisé puisse utiliser, non point le savoir-faire de la franchise, mais ce qui relève désormais pour lui de son expérience individuelle. En dépit des tentatives de contractualisation d'obligations de secret, de confidentialité ou d'usage loyal du savoir-faire, une telle réception et une telle assimilation de celui-ci par l'ancien franchisé sont inévitables. Cette circulation des idées, au-delà d'être inexorable, est certainement souhaitable si l'on considère qu'elle participe de l'amélioration de la compétitivité du franchisé et donc de l'accroissement de la concurrence sur le marché donné.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

487. **Prééminence du droit commun.** L'encadrement des relations entre les parties au moment et postérieurement à la rupture des relations contractuelles est en grande partie assuré par le droit commun, et principalement le droit des obligations. L'intervention du droit de la concurrence en la matière se résume pour l'essentiel à une reprise, parfois à un perfectionnement, de mécanismes déjà connus. Il en va ainsi s'agissant de l'encadrement du processus de rupture lui-même. Le droit des obligations opérant une distinction entre contrats de franchise à durée déterminée et contrat de franchise à durée indéterminée a posé les jalons des règles applicables en pareille

matière. Ces règles, d'inspiration libérale et individualiste, aboutissent à un encadrement relativement réduit du processus de rupture, sous réserve toutefois du contrôle de l'abus de droit. S'agissant par ailleurs de l'encadrement des suites de la rupture, c'est le droit de la concurrence déloyale, et donc celui de la responsabilité civile qui est principalement mobilisé.

488. Rôle marginal du droit de la concurrence. Il serait toutefois inexact d'affirmer que le droit de la concurrence se désintéresse du processus de rupture du lien contractuel. L'article L. 442-6, I, 5°, originellement forgé pour lutter contre le déréférencement des fournisseurs de la grande distribution alimentaire, a toute sa place dans la régulation de l'issue du contrat de franchise. En cette matière toutefois, les solutions auxquelles on aboutit sont, pour l'essentiel, similaires à celles obtenues par application du droit commun. L'intérêt majeur de l'article L. 442-6, I, 5° réside dans la possibilité, pour le juge, de considérer comme insuffisant un préavis contractuellement fixé. Cet apport, dénoncé par certains comme une immixtion intolérable du juge dans le contrat¹⁰²⁹, demeure en tout état de cause relativement contingent.

489. Adaptation nécessaire du droit de la concurrence. La difficulté du droit de la concurrence à appréhender et à encadrer le processus de rupture se fait d'autant plus patente lorsqu'il ne s'agit plus de protéger le franchisé, mais le réseau. Cette protection du franchiseur ou du réseau contre la concurrence de son ancien franchisé est assurée quasi exclusivement par le droit de la concurrence déloyale. À cet égard, deux constats s'imposent : la grande plasticité de ce mécanisme lui permet, dans la plupart des cas, par le simple recours à des outils juridiques forts classiques, de protéger efficacement la plupart des signes distinctifs du réseau. Ainsi, la protection du réseau de franchise ne présente pas de spécificités particulières quant à la protection, par exemple, de la marque ou de l'enseigne qui est assurée comme elle le serait pour n'importe quel commerçant. De même, la souplesse de l'action en concurrence déloyale a permis une parfaite appréhension des cas de dénigrement interne au réseau. En revanche, l'action en concurrence déloyale et parasitaire s'avère relativement peu efficace pour assurer la protection du savoir-faire assimilé par le franchisé, à raison du principe bien connu de libre parcours des idées. Cette faible protection n'est cependant pas choquante : elle nous semble d'ailleurs influencer sur d'autres règles du droit de la concurrence puisqu'elle est – à notre sens – la justification essentielle à l'insertion de clauses de non-concurrence¹⁰³⁰. Au final, seul le traitement jurisprudentiel de l'écoulement du stock de l'ancien franchisé, souvent assimilé – selon nous à tort – à de la concurrence déloyale par confusion nous semble perfectible. Sans doute serait-il plus équitable, et plus logique, d'assimiler l'ancien franchisé désireux d'écouler son stock de marchandises à la marque du franchiseur à un revendeur parallèle s'étant licitement approvisionné.

1029 V. notamment M. Behar-Touchais, « La rupture d'une relation commerciale établie », *LPA*, 2008, no 203, p. 9 et s.

1030 V. supra, n° 258.

Conclusion du Titre II

490. Désintéret du « grand droit de la concurrence ». À l'interventionnisme effréné du droit de la concurrence sur les modalités de conclusion et d'exécution du contrat, succède un encadrement moindre des relations post-contractuelles. Plus exactement, cet encadrement, loin d'être inexistant ou inefficace, est assuré par un corps de règles ne relevant pas de ce qu'il est coutume de nommer le « grand droit de la concurrence »¹⁰³¹. Tout au contraire, les rapports entre ancien franchisé et franchiseur sont principalement régis par le droit des obligations, soit en tant que droit commun, soit qu'il fasse office de droit de la concurrence par le biais des règles du droit de la concurrence déloyale et anticontractuelle. La régulation des relations postcontractuelles repose donc, pour l'essentiel, sur l'adaptation prétorienne de mécanismes de droit commun. Ce constat peut surprendre, dans la mesure où les modalités de cessation du lien contractuel sont un facteur influant directement sur la structure du marché. La fluidité du marché dépend en effet en partie des modalités et des circonstances de la dissolution du lien contractuel.

491. Protection de faible. Lorsque le législateur s'est saisi de la question, c'est essentiellement – logiquement et classiquement – dans un souci de protection de la partie faible. C'est ainsi que l'infraction de rupture brutale d'une relation commerciale établie peut parfaitement être appliquée au contrat de franchise, notamment lorsque ce dernier prévoirait un préavis anormalement bref. Naturellement, la clause de non-concurrence constitue un sujet éminemment polémique, duquel le législateur européen s'est très tôt saisi là encore dans un but légitime de protection du franchisé. Il nous semble toutefois que l'application de ces règles, sur lesquelles le droit interne est assez largement indexé, est perfectible. Il nous semble en effet indispensable d'opter pour une appréciation plus exigeante du critère de proportionnalité, quitte à poser une sorte de présomption irréfragable de disproportion pour toute clause privant le franchisé de son fonds de commerce.

492. Protection du fort. À l'inverse la protection de la partie réputée forte, la tête de réseau, est quasi exclusivement laissée à des mécanismes de droit commun, que

1031 Sur cette notion, v. nos propos introductifs, n° 30.

la jurisprudence a, le plus souvent, adapté avec succès aux spécificités de la matière. L'exemple le plus marquant de cette plasticité est l'action en concurrence déloyale, qui parvient pour l'essentiel à saisir la plupart des comportements de l'ancien franchisé préjudiciable au réseau. Cet effort d'adaptation pourrait toutefois être poursuivi sur certaines questions pratiques, sans toutefois nécessiter de bouleversement juridique.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

493. **Liberté surveillée.** « Le prix de la liberté, c'est la vigilance éternelle »¹⁰³² : le droit de la concurrence semble avoir fait sienne cette devise dans l'encadrement des relations entre les parties au contrat de franchise. Ce dernier est, en vérité, placé sous le régime de la liberté surveillée par le droit de la concurrence. Libres, les parties au contrat le sont à raison de la reconnaissance de principe, ancienne et incontestée, de la licéité des accords de franchise. Ainsi, pouvait-on lire, dès la parution du règlement du 30 novembre 1988 que les accords de franchise « *améliorent normalement la distribution de produits et/ou la prestation de services, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité d'établir un réseau uniforme avec des investissements limités, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas de petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques* »¹⁰³³. Ces contrats « *permettent aussi à des commerçants indépendants d'installer des établissements plus rapidement et avec de meilleures chances de succès que s'ils avaient dû le faire sans l'expérience ni l'assistance du franchiseur ; ils ont ainsi la possibilité de concurrencer plus efficacement de grandes entreprises de distribution* »¹⁰³⁴. Ils réservent enfin « *aux consommateurs et aux*

1032 « Eternal vigilance is the price of liberty » : La citation est souvent attribuée à Thomas Jefferson, bien que l'on n'en trouve aucune trace dans les écrits et discours du troisième président des États-Unis. Il semble en revanche que cette phrase soit issue d'un discours prononcé par l'abolitionniste Wendell Phillips en 1852. On trouve une formule équivalente sous la plume du juriste irlandais, John Philpot Curran.

1033 Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, considérant n° 7.

1034 Ibid.

autres utilisateurs finals une part équitable du bénéfice qui en résulte »¹⁰³⁵ tout en assurant « *une qualité constante des produits et des services* »¹⁰³⁶, si bien que l'on pourrait constater un « *effet favorable de la franchise sur la concurrence entre marques* »¹⁰³⁷.

494. Équilibre entre liberté économique du réseau et liberté économique du franchisé. Cette vision laudative et sans doute excessivement angélique des rapports entre contrats de franchise et droit de la concurrence ne traduit d'évidence pas fidèlement l'état du droit positif. En grande part à juste titre, le droit de la concurrence craint que la conclusion d'un contrat de franchise ne comporte de trop grandes atteintes à la liberté économique du franchisé, notamment à sa liberté d'exercice, de gestion et de (ré)installation. Dans les rapports entre les parties, c'est donc le souci de préservation de la liberté économique du franchisé, qui permet d'expliquer la plupart des solutions dégagées par le droit de la concurrence. Un paradoxe se fait cependant jour : à trop vouloir préserver la liberté du franchisé, on en vient à porter atteinte à celle du réseau et donc – peut-être à minimiser les effets favorables, précédemment décrits, de ce type de contrat sur la concurrence. Un équilibre doit donc être trouvé : la liberté accordée aux parties ne peut être qu'une liberté conditionnelle. L'influence du droit de la concurrence sur le cours du contrat traduit cette recherche d'équilibre. Celui-ci est-il atteint ? La réponse est globalement affirmative. Autonomie et indépendance du franchisé sont efficacement protégées non seulement par le truchement du droit des concentrations, mais également par le droit des ententes, celui des pratiques restrictives de concurrence ou encore d'autres mécanismes de droit commun plus spécifiques. En somme, il nous semble que peu de stipulations contractuelles permettant au franchiseur de s'octroyer un véritable pouvoir de contrôle sur la marche de l'entreprise franchisée sont susceptibles de passer avec succès ces divers filtres juridiques.

495. Vigilance excessive. Inversement, il demeure certaines hypothèses où la vigilance du droit de la concurrence et l'encadrement corrélatif du contrat de franchise nous paraissent excessifs. En pareils cas, il nous semble que la préservation de la liberté du franchisé sert de justificatif à des atteintes trop importantes non seulement à la liberté contractuelle, mais encore à la propre liberté économique de la tête de réseau. En outre, il ne paraît pas acquis que cet encadrement excessif soit bénéfique au marché dans son ensemble puisqu'il aboutit à méconnaître le réseau dont les effets positifs sont pourtant admis par le droit de la concurrence. Sans doute en va-t-il ainsi de la prohibition trop stricte des prix imposés ou de l'encadrement drastique de toute interdiction liée à la revente des produits, notamment sur internet. Irait très probablement dans le sens d'une meilleure prise en compte du réseau la reconnaissance plus affirmée d'une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge du franchisé pendant l'exécution du contrat.

1035 Ibid., considérant n° 8.

1036 Ibid.

1037 Ibid.

496. Clauses de non-concurrence postcontractuelles. À l'issue des relations contractuelles, la protection du réseau nous semble instrumentalisée pour justifier des atteintes à la liberté d'entreprendre du franchisé parfois difficilement justifiables. Il est indéniable que les mécanismes légaux de droit commun sont insuffisants pour assurer la défense efficace des divers signes distinctifs du réseau et notamment du savoir-faire. Il nous semble en revanche difficile d'admettre que ce seul constat puisse servir de fondement à une aliénation totale de la liberté d'entreprendre du franchisé et, pis encore, à une dépossession de son fonds de commerce. Aussi, le débat ne nous paraît pas devoir s'orienter vers une éventuelle indemnisation en contrepartie de la stipulation d'une clause de non-concurrence. Comment justifier que la liberté du commerce puisse être monnayée, sauf à renier toute portée à l'ordre public économique ? Bien au contraire, un contrôle plus appuyé de la proportionnalité des clauses de non-concurrence post-contractuelles offre d'importantes possibilités. Sans doute faut-il commencer par poser le principe, déjà admis par certaines décisions, que toute clause privant le franchisé de son fonds de commerce ne saurait en aucun cas être proportionnée – quelle que soit la valeur de l'intérêt légitime défendu par le créancier de l'obligation de non-concurrence. Une telle appréciation, rigoureuse, du critère de proportionnalité aboutirait à déclarer nulles une grande part des clauses de non-concurrence, tout en réservant la possibilité d'obligations de non-réaffiliation. Dans certains secteurs où l'affiliation est une condition indispensable à l'exercice d'une activité économique rentable, à l'instar de la grande distribution alimentaire, les clauses de non-réaffiliation elles-mêmes seraient frappées de nullité comme empêchant la poursuite d'activité du franchisé.

497. Approche identique dans les rapports avec les tiers ? En somme, nos développements ont permis de confirmer l'intuition première consistant en la relative défiance du droit de la concurrence à l'égard du réseau de franchise, suspecté, en dépit des déclarations de principes des divers règlements d'exemption, de pouvoir avoir un impact négatif sur la concurrence. Cette vision négative du réseau peut se comprendre, dans les rapports entre les parties au contrat, où le risque de voir le franchisé écrasé par le poids du réseau n'est pas une vue de l'esprit. Elle le serait en revanche moins dans les rapports entre le réseau et les tiers, où celui-ci apparaît alors comme un concurrent parmi d'autres.



PARTIE II

LA RÉGULATION LACUNAIRE DES RELATIONS AVEC LES TIERS AU CONTRAT DE FRANCHISE

498. Le réseau, concurrent ordinaire ? La première partie de cette étude nous a permis d'étudier l'appréhension par le droit de la concurrence des relations entre les parties au contrat de franchise. Cette analyse nous a permis de confirmer la vision globalement négative du réseau par le droit de la concurrence, lequel vise principalement à en minimiser les effets. On peut légitimement s'interroger sur la pérennité d'une telle vision dans le cadre de la régulation des rapports entre le réseau, considéré dans son ensemble, et ses concurrents. Ne peut-on pas, et ne doit-on pas, considérer à cet égard le réseau de franchise comme une entreprise parmi d'autres, comme un concurrent parmi d'autres ? Le mode d'organisation interne de l'entreprise du franchiseur doit-il influencer sur la manière dont sont régis ses rapports avec les concurrents ?

499. Spécificités du réseau concurrent. À y regarder de plus près, il est patent que le réseau de franchise ne peut être considéré comme un concurrent ordinaire. L'effet de masse qu'induit le regroupement de commerçants indépendants sous une même enseigne est susceptible de déséquilibrer, non seulement le marché sur lequel opère le réseau, mais peut-être davantage encore le marché amont. La grande distribution alimentaire offre un exemple éloquent et particulièrement médiatisé des difficultés qu'est susceptible d'engendrer le regroupement à l'achat d'un nombre important de franchisés. Ces difficultés ne sont certes pas propres à la franchise, et concernent tout autant les autres techniques de distribution en réseau. L'approche pragmatique du droit de

la concurrence conduit d'ailleurs assez largement à gommer ces différences juridiques pour proposer une réponse globale¹⁰³⁸.

500. Spécificités du réseau concurrenté. Y compris en renversant l'approche, les spécificités du réseau se font jour. Comment, en effet, organiser la protection du réseau alors que le droit positif peine à lui reconnaître une quelconque consistance juridique ? Cette difficulté d'appréhension du réseau dans sa globalité est particulièrement remarquable dans le cadre de la problématique de la revente parallèle. La méconnaissance, par un tiers, de l'organisation que constitue le réseau peut-elle être sanctionnée tandis que le droit peine lui-même à donner une consistance juridique à cette organisation ? De même, la défense du réseau pose la question épineuse du droit d'action : qui des franchisés ou du franchiseur a qualité pour mettre en œuvre les outils juridiques offerts par le droit de la concurrence ?

501. Aussi, afin de déterminer l'impact du droit de la concurrence sur les relations entre le réseau et les tiers, il paraît opportun de distinguer selon que le réseau est coupable (**Titre II**) ou bien victime des agissements déloyaux (**Titre I**).

1038 Ce phénomène d'assimilation des différentes formes juridiques de réseau est dénoncé par certains opérateurs, à l'instar du groupe Leclerc, dont on sait qu'il est organisé sous forme coopérative. Ainsi, dans un courrier adressé à l'Autorité de la concurrence à l'occasion de la refonte des lignes directrices relatives aux concentrations, le groupe écrit : « *L'Autorité peine manifestement à comprendre la spécificité coopérative, et, pour cela, cherche à assimiler les organisations coopératives à ce qu'elle connaît déjà. [...] Sur les réseaux de distribution, l'ACDLec considère que l'Autorité persiste à tort à assimiler les coopératives aux franchisés et aux concessionnaires* » (Association des Centres Distributeurs E. Leclerc, *Courrier adressé à l'Autorité de la concurrence*, 22 avril 2013, disponible en ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/leclerc_obs_ld_concentrations_2013.pdf).



TITRE I

LA SANCTION DES COMPORTEMENTS DÉLOYAUX DES TIERS PRÉJUDICIBLES AU RÉSEAU

502. Indéniablement, l'ombre du réseau pèse fortement dans l'influence du droit de la concurrence sur les rapports entre les parties au contrat de franchise. En matière de concentration, c'est bien le poids du réseau dans son ensemble qui est pris en compte pour ajuster les engagements de chacun¹⁰³⁹. De la même manière, l'application du droit des ententes est entièrement fondée sur la reconnaissance implicite du réseau¹⁰⁴⁰. En somme et comme le remarque un auteur, « l'effet cumulatif des contrats »¹⁰⁴¹ est très facilement invoqué « à l'encontre du réseau »¹⁰⁴². Dans les rapports entre la tête de réseau et ses affiliés, le droit de la concurrence a principalement pour souci d'empêcher que cet « effet cumulatif » n'en vienne à opprimer les membres du réseau, si bien que ces derniers perdraient leur statut d'entrepreneur individuel, annihilant par là même toute concurrence interne au réseau. La première partie de notre étude a permis de montrer que le réseau est ainsi regardé avec une certaine circonspection par le droit de la concurrence, qui en craint le poids et l'effet de masse.

503. La constatation présuppose toutefois qu'aux yeux de ce droit, le réseau ait une réelle existence. Or, la considération juridique du réseau est, à dire vrai, à géométrie variable. Car, dans les rapports entre le réseau et les tiers, la prise en compte du premier – préalable nécessaire à sa protection – est loin d'aller de soi. Le réseau, cible de

1039 V. supra, n° 86 et s.

1040 V. supra, n° 120 et s.

1041 D. Ferrier, « La considération juridique du réseau », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, n° 12 et 45.

1042 Ibid., n° 45.

toutes les attentions dans les rapports entre ses membres peine à exister aux yeux des tiers. Dans les rapports entre membres du réseau, le droit de la concurrence s'interroge souvent sous cette forme : l'influence du réseau n'est-elle pas trop forte et trop opprimente ? Dans les rapports entre ce même réseau et les tiers, le droit de la concurrence se demande si le réseau est suffisamment élaboré et juridiquement consistant pour être digne d'intérêt. Le paradoxe tient en partie aux branches du droit sollicitées et aux approches différentes qui les sous-tendent : essentiellement économique et pragmatique s'agissant du droit des concentrations et des ententes ; plus juridique s'agissant des rapports de concurrence avec les tiers. Aussi, le réseau semble perdre une grande partie de sa spécificité au regard du droit de la concurrence lorsqu'il est confronté aux tiers : il se meut, au mieux, en un opérateur juridique comme les autres, au pire comme un concept difficilement identifiable et protégeable. Le problème de la revente parallèle obéit à cette seconde logique : le réseau, notion mal cernée, n'est que très imparfaitement protégé (**Chapitre 1**). S'agissant de problématiques plus courantes, tels les cas classiques de concurrence déloyale, les solutions retenues ne sont guère singulières du fait de l'implication d'un réseau de franchise (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

La protection lacunaire du réseau contre la revente parallèle

504. Franchises de production. Le problème de la revente parallèle concerne plus spécifiquement les franchises de distribution, c'est-à-dire celles où le savoir-faire réside essentiellement dans l'organisation des points de vente, la sélection des gammes de produits et l'enseigne¹⁰⁴³. Parmi les franchises de distribution, il est encore possible de distinguer les réseaux dans lesquels le franchiseur est lui-même le producteur des produits distribués, de ceux où la tête de réseau se contente de sélectionner les produits distribués. La première forme, parfois connue sous le vocable de franchise de production, constitue le terrain de prédilection des problématiques de revente parallèle. En effet, le franchiseur cumulant sa qualité avec celle de producteur, « *les marques de fabrication et de production sont identiques* »¹⁰⁴⁴. Un tel réseau de franchise, au demeurant très proche d'un réseau de concession, est donc particulièrement vulnérable aux attaques que pourraient subir le ou les produits distribués. Il importe donc que la commercialisation de ces derniers soit assurée de façon uniforme et – autant que faire se peut – étanche.

505. Réseau étanche. C'est ainsi que les franchises de production sont souvent doublées d'un système de distribution exclusive, le franchiseur ne confiant la distribution sur le marché de ses produits qu'à un nombre limité de distributeurs par lui choisis : ses franchisés. Ces derniers bénéficient ainsi d'une exclusivité dans la diffusion de ses produits¹⁰⁴⁵. Le système de la distribution exclusive peut également se combiner avec

1043 V. notamment P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 38.

1044 Ibid.

1045 Parmi les enseignes nationales organisées sous cette forme, on peut notamment citer la célèbre marque de bijouterie fantaisie Swarovski, quoique les contrats de cette enseigne soient présentés comme des contrats de « partenariat » et non sous l'appellation de contrats de franchise.

une franchise dite de sélection, où le franchiseur ne produit pas les biens distribués, mais se contente sur le modèle de la grande distribution, de les sélectionner. En effet, y compris dans le cadre de franchises de sélection, il n'est pas rare que le franchiseur distribue des produits dont il est, directement ou indirectement, le producteur et pour lesquels il entend assurer à ses affiliés une exclusivité¹⁰⁴⁶.

506. Il importe donc, dans l'un ou l'autre cas, que l'exclusivité de distribution concédée aux franchisés puisse être effective. Or, assurer la mise en œuvre d'un tel engagement s'avère une tâche particulièrement délicate dans la mesure où elle se heurte frontalement non seulement au principe de libre circulation des biens et des marchandises, mais encore à celui de la relativité des conventions (**Section I**). La reconnaissance de l'opposabilité du système de distribution exclusive mis en place par le réseau de franchise semble donc une tâche particulièrement ardue, en dépit de diverses tentatives doctrinales en ce sens (**Section II**).

SECTION I. L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS, OBSTACLE À LA RECONNAISSANCE DU RÉSEAU

507. En tant que principal obstacle à la reconnaissance d'une véritable opposabilité au réseau, le principe de l'effet relatif des conventions mérite d'être discuté du point de vue de ses sources (**I**), avant d'envisager les conséquences qu'il peut avoir sur la reconnaissance du réseau de franchise (**II**).

I. LES SOURCES DU PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS

508. Articles 1119 et 1165 du Code civil. Deux textes du Code civil fondent essentiellement le principe de l'effet relatif des conventions. Le plus célèbre, l'article 1165 pose, in limine, le principe selon lequel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers* ». L'article 1119 affirme un principe très proche et dispose qu'« *on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ». Les deux textes reposent sur l'idée fondamentale que le contrat est avant tout un acte de volonté individuel (**A**). Le paradigme semble difficilement dépassable, sauf à considérer comme certains que le contrat doit également être perçu comme un fait social (**B**). En vérité, les deux approches semblent parfaitement conciliables : l'étendue du principe de l'effet relatif s'en trouve resserrée, mais son intensité augmentée (**C**).

1046 On pense notamment aux produits dits de marque distributeur dans la grande distribution alimentaire.

A. La genèse du principe : le contrat comme acte de volonté individuel

509. « Principe de toute évidence »¹⁰⁴⁷ voire « principe fondamental qui est de tout temps et de tous lieux, et appartient plus au droit naturel qu'au droit positif »¹⁰⁴⁸ : ainsi introduisait-on, au début du siècle dernier, l'étude du principe de la relativité des conventions. Si évident d'ailleurs que la lecture des travaux préparatoires du Code civil enseigne que la règle n'a fait l'objet d'aucun débat¹⁰⁴⁹. Le rapport de Mouricault résume bien l'état d'esprit de l'époque : « il me reste à parler des effets des conventions à l'égard des tiers et ceci n'a qu'un mot, écrit le tribun : les conventions n'engagent point ceux qui n'y ont pas stipulé, et ne peuvent leur nuire »¹⁰⁵⁰. Demolombe lui-même s'interroge quant à l'utilité de l'article 1165, estimant que « la règle posée par l'article 1165 est si élémentaire qu'elle paraît presque naïve, à ce point que l'on se demande s'il était bien utile de la poser »¹⁰⁵¹. Si, durant le premier siècle de vie du Code civil, personne ne songe à contester le bien-fondé de l'article 1165, c'est probablement car celui-ci bénéficie à l'époque non seulement de la respectabilité que lui confère le patronage du droit romain (1), mais surtout d'un courant général de pensée globalement favorable (2).

1. L'onction contestée du droit romain

510. **Présence dans le Digeste et le Code Justinien.** Longtemps, le principe de l'effet relatif a été assimilé à une simple traduction de l'adage romain *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*¹⁰⁵², littéralement la chose conclue entre les uns ne peut nuire ou profiter aux autres. C'est d'ailleurs par référence à cet adage que Pothier formulera la règle aujourd'hui inscrite dans le Code civil¹⁰⁵³. Les racines de la règle sont en effet manifestement anciennes. Ainsi, trouve-t-on dans le Digeste l'affirmation selon laquelle *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*¹⁰⁵⁴, c'est-à-dire que l'on ne doit souffrir aucun préjudice du fait d'autrui lorsqu'on n'y a point de part. De la même manière, le Titre LX du Livre VII du Code Justinien est-il intitulé « *Res inter alios actas vel judicatas aliis ne nocere* »¹⁰⁵⁵. Le droit romain est donc clairement

1047 G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, n° 580.

1048 F. Debrand, *Etude de la règle « res inter alios acta aliis nocet nec prodest » en droit romain*, Thèse : Dijon, 1890, n° 1.

1049 A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938, n° 15 et 43. Dans le même sens, M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrat*, L.G.D.J., 1996, n° 256.

1050 Cité par A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938, n° 43.

1051 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. XXV, 1870, n° 39.

1052 On trouve également l'adage formulé de la façon suivante : *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*.

1053 « Au reste, suivant les principes de cet ancien Droit le tiers qui n'avait pas été partie au contrat [...], n'avait aucune action contre vous [...] et cela était fondé sur le principe que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » (R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, 1761, n° 70).

1054 Justinien, *Digeste*, 50.17.74.

1055 On ne peut recevoir aucun préjudice de ce qui a été fait ou jugé entre d'autres.

porteur de l'idée selon laquelle on ne peut obliger un tiers ou détériorer sa condition par l'effet d'un contrat.

511. Contestations de la filiation antique. La filiation romaine de l'article 1165 est toutefois plus contestable que cette première approche ne pourrait le laisser penser. Sans aller jusqu'à affirmer que « *ce n'est pas l'article 1165 qui traduit l'adage, mais l'adage qui traduit l'article* »¹⁰⁵⁶, il est possible de s'interroger sur la généalogie véritable de cette règle. Diverses études menées sur la question¹⁰⁵⁷ tendent à démontrer que la règle générale *res inter alios* a été forgée a posteriori par les interprètes : le Professeur Jacques Ghestin remarque à ce propos que le droit romain n'utilise guère de règles de portée générale et préfère recourir à des solutions cas par cas¹⁰⁵⁸. De même, le principe est absent des textes consacrés à la question au Moyen-Âge, soit qu'il se soit trouvé « *solidement assis pour de longs siècles sur une base purement verbale* »¹⁰⁵⁹, soit que la règle ait été inconnue à l'époque¹⁰⁶⁰. S'il est toujours difficile de dater avec précision un concept, il semble néanmoins possible d'affirmer, à l'instar du Professeur Robert Wintgen que la règle selon laquelle « tout est toujours plus ancien qu'on ne le croit »¹⁰⁶¹ ne se vérifie pas nécessairement à propos de l'effet relatif. En vérité, si la règle a été érigée avec autant de force entre la fin du XVIII^e et le début du XIX^e siècle, c'est probablement d'abord car elle s'inscrivait parfaitement dans le cadre de la philosophie dominante de l'époque.

2. *L'influence de la philosophie individualiste et volontariste du XVIII^e siècle*

512. Philosophie individualiste. Il n'est pas excessif d'affirmer que l'article 1165 témoigne, comme d'ailleurs beaucoup de textes du Code Napoléon, d'une conception essentiellement individualiste du droit des obligations. René Savatier constate ainsi que le texte « *part de l'idée que les affaires de chacun ne concernent que lui-même, qu'il les gère librement, et que la société et les tiers n'ont point à s'en occuper* »¹⁰⁶². Témoins de cette conception, les travaux préparatoires du Code civil expliquent ainsi la conception retenue : « *chacun ne pouvant contracter que pour soi, les obligations ne doivent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes et ceux qui les représentent* »¹⁰⁶³. C'est dire le lien indissociable qui existe à l'époque entre liberté individuelle et effet relatif des conventions.

1056 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 24.

1057 S. Calastreng, *La relativité des conventions*, Thèse : Toulouse, 1939, p. 5 et A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938, n° 19.

1058 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001, n° 674. L'auteur fait remarquer qu'« *en droit romain classique la relativité des effets du contrat se déduit d'abord de la nature du lien obligatoire, qui est extrêmement personnel, au point que le principe de l'incessibilité entre vifs des obligations, malgré tous ses inconvénients pratiques, n'a jamais été abandonné* ».

1059 G. Cornil, *Explication historique de la règle alteri nemo stipulari potest*, T. 4, 1935, p. 252.

1060 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 24.

1061 Ibid., n° 10.

1062 R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1933, p. 525 et s., n° 34.

1063 Cité par A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938, n° 43.

Madame le Professeur Mireille Bacache-Gibeili établit un intéressant parallèle entre l'affirmation de cette règle et la philosophie des Lumières. Pour l'auteur, la théorie du contrat social implique que « *la volonté apparaît comme la source unique du droit objectif, l'élément créateur du droit en général* »¹⁰⁶⁴ si bien que « *puisque on n'est obligé que si on l'a voulu, seuls ceux qui ont manifesté leur volonté sont tenus par les liens contractuels* »¹⁰⁶⁵.

513. Les liens entre autonomie de la volonté et effet relatif des conventions sont particulièrement évidents. Comme le notent les Professeurs Flour, Aubert et Savaux, il est « *facile de souligner que la règle ainsi posée par l'article 1165 du Code civil s'inscrivait bien dans la logique de l'autonomie de la volonté : les cocontractants sont souverains, mais ils ne le sont que sur eux-mêmes* »¹⁰⁶⁶. Chacun s'occupe de ses affaires, non de celles des autres, professait Jean Carbonnier¹⁰⁶⁷. L'idée colle en outre assez bien à la pensée libérale qui irrigue la fin du XVIII^e et le XIX^e siècle. Kant exprime ainsi l'idée selon laquelle « *quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même* »¹⁰⁶⁸. On retrouve par là l'idée bien connue selon laquelle tout ce qui est contractuel est juste¹⁰⁶⁹ – à condition, ajouterait-on, que ce qui est contractuel limite ses effets aux parties. L'article 1165 doit probablement au moins autant sa postérité à cet axiome, mêlant libéralisme, individualisme et volontarisme, qu'à sa supposée noble filiation romaine. C'est donc fort logiquement que la remise en cause de ces principes, par la prise en compte accrue de l'intérêt social, a conduit, dans la première moitié du siècle dernier, à une contestation en règle du principe de l'effet relatif des contrats.

B. La contestation du principe : le contrat comme fait social

514. Les exceptions « mangeant la règle ». De « *principe fondamental qui est de tout temps et de tous lieux, et appartient plus au droit naturel qu'au droit positif* »¹⁰⁷⁰ à la fin du XIX^e siècle, l'effet relatif des contrats était relégué au rang d'usurpateur, de « *prétendu principe* »¹⁰⁷¹ moins d'un demi-siècle plus tard. À la même époque, on rapporte qu'Henri Capitant, dans le cours qu'il professait en 1932-1933, se demandait si les exceptions n'avaient pas « *mangé la règle* »¹⁰⁷². Et René Savatier de prendre pour exemple sept des contrats civils les plus usuels pour démontrer qu'à chaque fois, la conclusion de ces contrats influe sur la situation juridique des tiers, soit qu'elle la

1064 M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrat*, L.G.D.J., 1996, n° 260.

1065 Ibid.

1066 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations : l'acte juridique*, 15e éd., Tome 1, Sirey, 2012, n° 422.

1067 J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 22e éd., Tome 4, P.U.F., 2000, n° 122.

1068 E. Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, XLVI.

1069 A. Fouillée, *Sciences sociales*, 2^e éd, p. 410.

1070 F. Debrand, *Etude de la règle « res inter alios acta aliis nocet nec prodest » en droit romain*, Thèse : Dijon, 1890, n° 1.

1071 R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1933, p. 525 et s.

1072 Cité par J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Tome CLXXI, L.G.D.J., 1981.

détériorer soit qu'elle l'améliore. Que reste-t-il alors de la seconde partie de l'énoncé de l'article 1165 qui dispose que les conventions « *ne nuisent point au tiers, et [...] ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » ? « Peu de chose » répond catégoriquement Savatier¹⁰⁷³. En vérité, peu à peu, l'évolution de la société et l'imbrication croissante des rapports sociaux font prendre conscience aux juristes que le contrat ne peut demeurer un monde fixé et hermétiquement clos¹⁰⁷⁴. Savatier lui-même est parfaitement conscient de cette évolution et conclut son *factum* par le constat selon lequel « *plus [la] société se civilise et se complique, plus [les] liens se multiplient et se consolident. L'évolution actuelle du droit patrimonial tient en grande partie dans la conscience de plus en plus nette chez les juristes modernes de ce principe que les affaires de chacun, auprès d'un côté individuel, ont aussi un côté social* »¹⁰⁷⁵. D'autres encore ont défendu que « *l'idée qu'une société serait constituée d'une somme de relations interindividuelles n'est plus tenable* »¹⁰⁷⁶.

515. Distinction selon la nature des contrats. Peu à peu, une distinction s'amorce, relativement casuistique, en fonction de la nature du contrat et des droits en cause. Dès 1864, la Cour de cassation admet qu'il faut bien que les contrats translatifs de propriété aient quelques effets à l'égard des tiers, sans quoi « *le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties* »¹⁰⁷⁷. Dans la même veine, la Chambre des requêtes admet à la fin du XIX^e siècle que les contrats relatifs à l'état des personnes – et principalement les contrats de mariage – peuvent être invoqués par les tiers ou contre eux¹⁰⁷⁸. Finalement, les contrats ayant pour support ou objet des droits réels sont rapidement soustraits à l'application littérale de l'article 1165 ce qui permet à Savatier d'affirmer que l'effet relatif doit en vérité être cantonné aux conventions qui créent ou éteignent des obligations¹⁰⁷⁹. L'effet relatif des conventions se mue peu à peu en effet relatif des obligations¹⁰⁸⁰.

516. La conception moderne de cette idée est impulsée par les thèses du Doyen Alex Weill¹⁰⁸¹ et de Madame Simone Calastreng¹⁰⁸² à la fin des années 1930 et reprend, à quelques nuances près l'idée d'une relativité limitée aux obligations nées du contrat. Finalement, l'article 1165 devrait être interprété comme signifiant que seules les par-

1073 R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1933, p. 525 et s., n° 2.

1074 L'expression est empruntée à J.-L. Aubert, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263. Dans le même sens, v. C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275.

1075 R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1933, p. 525 et s., n° 34.

1076 H. Batiffol, « La « crise du contrat » et sa portée », *Arch. phil. droit*, 1968, p. 27.

1077 Cass. Civ., 22 juin 1864, *DP*, 1864, 1, p. 412.

1078 Cass. Req., 17 décembre 1873, *S.*, 1874, 1, p. 409, note Labbé.

1079 R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1933, p. 525 et s.

1080 *Ibid.*

1081 A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938.

1082 S. Calastreng, *La relativité des conventions*, Thèse : Toulouse, 1939.

ties sont susceptibles de devenir créancier ou débiteur des obligations créées par le contrat. A contrario, la convention modifiant l'ordre juridique, elle, serait par essence susceptible d'impacter la situation des tiers. Il s'agit de la naissance de la notion d'opposabilité des conventions dans son sens actuel¹⁰⁸³.

C. La renaissance du principe : un champ d'application resserré pour une portée accrue

517. Vision trop large de l'effet relatif. À mesure que le principe d'opposabilité du contrat était adopté par la plupart des auteurs, la place accordée à l'effet relatif des conventions déclinait corrélativement. Si l'opposabilité des contrats, dans son sens actuel, a ainsi acquis droit de cité en droit positif au cours du XX^e siècle, la règle a du même coup ouvert un flanc plus large à la critique. Et dans un phénomène de balancier assez classique, le principe d'opposabilité, hier novateur devint rapidement « trop » classique tandis que l'on redécouvrait les charmes de l'article 1165. C'est ainsi qu'après la passion de ces « *années folles de la socialisation du contrat* »¹⁰⁸⁴, sans doute fallait-il opérer un tri. Et les détracteurs des détracteurs de l'article 1165 du Code civil de constater que si ces derniers avaient pu théoriser la mort de ce principe c'est uniquement en lui donnant un sens qu'il n'a pas. Ainsi, le Professeur Jean-Louis Goutal reproche-t-il à Savatier de ne pas distinguer entre effet obligatoire et opposabilité, si bien que donnant un sens si large au principe de l'effet relatif des conventions, il ne peut qu'arriver à sa dilution et à professer sa disparition¹⁰⁸⁵. Dressant un bilan de l'état de la question en droit positif, le Professeur Jacques Mestre arrive à la conclusion que « *le principe de l'effet relatif conserve-t-il une vigueur dont on avait pu, ces derniers temps, douter* »¹⁰⁸⁶.

518. Absence de principe contraire à l'effet relatif. Plus fondamentalement encore, la doctrine contemporaine ne conteste plus l'existence de nombreuses exceptions au principe de l'effet relatif : les conventions collectives, les articles 595 ou 1673 du Code civil en sont autant d'illustrations parfaitement ancrées dans le droit positif, concède le Professeur Jean-Louis Goutal. Pour autant, cette série d'exceptions ne saurait suffire à prêcher la disparition du principe de l'effet relatif des contrats. En effet, l'effet relatif des contrats a la force d'être une règle générale, une norme, tandis que la myriade d'exceptions avancée par ses détracteurs « *ne forme pas le début d'un principe* »¹⁰⁸⁷. Quelques années plus tard, critiquant la notion d'opposabilité, le Professeur Robert Wintgen arrive à une conclusion similaire : pour lui, « *l'opposabilité du contrat*

1083 Sur cette notion, v. infra, n° 536 et s.

1084 L'expression est empruntée à J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Tome CLXXI, L.G.D.J., 1981, n° 47.

1085 Ibid.

1086 J. Mestre, « Regain de faveur pour l'article 1165 du Code civil », *RTD civ.*, 1993, p. 122 et s.

1087 Ibid., n° 71.

est un phénomène, elle n'est pas un principe »¹⁰⁸⁸ ; statut auquel seul l'effet relatif des contrats peut prétendre.

519. Droit positif. Aussi, la conception contemporaine du principe de l'effet relatif des conventions nous paraît pouvoir être résumée en deux propositions. 1°) L'article 1165 est moins général que ce qu'il peut laisser paraître : le contrat produit des effets vis-à-vis des tiers. Il ne peut en revanche, hors cas spécifiques de représentation ou de stipulation pour autrui, les rendre débiteur ou créancier. 2°) Ainsi cantonné dans ses ambitions, l'article 1165 a valeur de principe auxquelles seules des dispositions législatives particulières (et actuellement relativement nombreuses¹⁰⁸⁹) peuvent déroger. La question qui intéresse cette étude est précisément de savoir si le droit de la concurrence peut avoir ce rôle d'exception au principe de l'effet relatif sur les conventions créant le réseau de franchise.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS SUR LE RÉSEAU

520. L'effet relatif des conventions nous paraît avoir deux incidences majeures sur l'appréhension de celui-ci par les tiers. D'une part, l'effet relatif des conventions bouscule l'idée même de réseau qui présuppose une unité là où le droit ne veut voir qu'une pluralité de contrats **(A)**. Naturellement, cette difficulté conceptuelle n'est pas sans conséquence sur les règles du droit de la concurrence : n'ayant qu'une faible identité juridique, le réseau ne jouit que d'une protection très relative. Difficile, en effet, d'organiser la protection d'un concept peu ou pas reconnu **(B)**.

A. L'incidence de l'effet relatif sur la notion de réseau

521. Le postulat selon lequel l'effet obligatoire d'une convention doit se limiter aux parties signataires est contraire à toute idée d'holisme au terme de laquelle l'ensemble serait différent et supérieur à la somme des éléments. Dès lors, de ce point de vue, le réseau ne peut être appréhendé que comme une somme, un ensemble de contrats **(1)**. Peut-être est-il néanmoins possible de dépasser cette vision fort orthodoxe, en considérant que l'accumulation des contrats de franchise – à défaut de faire naître un sujet de droit – peut tout au moins être considérée comme une universalité de fait¹⁰⁹⁰, un bien incorporel **(2)**.

1088 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 391.

1089 Celles d'entre elles susceptibles de bénéficier au réseau feront l'objet d'une étude infra, n° 542 et s.

1090 Cette notion étant définie comme « *une collection de biens qui, par interprétation de la volonté du propriétaire, est traitée comme un bien unique* » (J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens*, 19e éd., Tome 3, P.U.F., 2000, n° 62) ou encore comme « *un groupement de biens, même hétérogènes, que relie une cohérence significative, économique, utilitaire, ou simplement patrimoniale justifiant qu'ils soient traités*

1. Le réseau, ensemble contractuel

522. Ensemble de contrats indépendants. Poussé à l'extrême, le principe de l'effet relatif des conventions n'est-il pas de nature à remettre en cause la notion même de réseau, laquelle a pourtant sous-tendu l'ensemble des développements qui ont précédé ? Le réseau n'est en effet constitué que de conventions conclues entre le franchisseur et chacun des franchisés, chaque franchisé étant ainsi tiers aux contrats signés par l'ensemble de ses co-affiliés. Tout au plus peut-on sous cet angle considérer le réseau comme un ensemble de contrats indépendants. Dans sa thèse consacrée aux groupes de contrats, Monsieur le Professeur Bernard Teyssié envisage l'étude des réseaux de distribution sous l'angle spécifique des réseaux de concession, sans s'appesantir sur les réseaux de franchise. Le terme de concession tel qu'utilisé par l'auteur semble toutefois pris dans une acception suffisamment large pour que son raisonnement puisse être transposé à notre matière¹⁰⁹¹.

523. L'auteur qualifie ainsi le réseau d'« ensemble de contrats interdépendants divisibles à vocation spatiale »¹⁰⁹². Si la vocation d'organisation spatiale est peut-être moins présente en matière de franchise qu'en matière de concession, elle ne peut toutefois être sérieusement contestée, le franchisseur ayant tout comme le concessionnaire l'ambition de réaliser le maillage d'un territoire donné par l'implantation de son enseigne. L'ensemble est encore divisible dans la mesure où « la disparition de l'une des conventions ne prive pas les autres de leur efficacité »¹⁰⁹³. Le groupe est enfin homogène puisque l'ensemble des contrats passés par le franchisseur sont a priori bâtis sur le même modèle, voire conclus à des conditions économiques et financières similaires¹⁰⁹⁴. L'auteur oppose finalement l'indépendance juridique des contrats à leur unité économique, estimant qu'il est particulièrement difficile en pratique de lier entre eux les différents contrats d'affiliation conclus par chacun des membres du réseau¹⁰⁹⁵. En somme, le droit des obligations semble bien en peine de donner au réseau la cohérence que la pratique, de même que d'autres branches du droit à l'instar du droit de la concurrence lui reconnaissent.

524. Penitus extranei. D'autres auteurs vont plus loin encore, estimant que les franchisés ne peuvent être considérés, entre eux, comme de véritables *penitus extranei*.

juridiquement comme un ensemble indissociable, sous le double rapport de leur appartenance et des opérations dont ils sont susceptibles » (D. R. Martin, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La Vie Judiciaire*, 1992, no 2392, p. 3). V. également, ouvrant de très stimulantes perspectives, le récent article qu'Eric Meiller a consacré à la notion : E. Meiller, « L'universalité de fait », *RTD civ.*, 2012, p. 651 et s.

1091 L'auteur reprend à son compte la définition proposée en 1963 par Claude Champaud laquelle, en dehors de la question des exclusivités, est relativement facilement transposable à tout le moins à la franchise de distribution (C. Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.*, 1963, no 22, p. 457).

1092 B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975, n° 210.

1093 Ibid.

1094 Ibid., n° 212.

1095 Ibid., n° 220.

Pour le Professeur Michel Cabrillac en effet, « *chacun des partenaires connaît ou devrait connaître l'existence du ou des contrats auxquels il n'a pas été parti et sait que son contrat n'aurait pas été conclu si l'autre ou les autres ne l'avaient pas été. Cette connaissance, cette adhésion à l'opération à travers l'un de ses contrats-éléments justifient, sans porter atteinte à l'exigence logique qui est à la base du principe de la relativité, que des liens d'obligations s'établissent entre les parties aux contrats distincts* »¹⁰⁹⁶. Le parallèle est aisé à établir avec la théorie de l'« *intuitus firmæ* », objectif commun présidant à l'ensemble des membres du réseau et impliquant leur coopération commune défendue notamment par Monsieur le Professeur Philippe Le Tourneau¹⁰⁹⁷. L'intuitus firmæ n'est d'ailleurs sans doute pas très éloigné de la notion de cause au sens large promue par le Professeur Teyssié, laquelle englobe « *le but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure la connexité de leurs conventions* »¹⁰⁹⁸. On sait toutefois les controverses qu'a fait naître cette conception élargie de la cause et à quel point son application demeure délicate en droit positif¹⁰⁹⁹.

525. Projets de réforme. Le projet Catala¹¹⁰⁰ avait soumis l'audacieuse idée de la création d'un chapitre au titre subversif : « Les effets des conventions à l'égard des tiers », lequel se serait clos par un paragraphe consacré à « l'effet des contrats interdépendants ». Un article 1172-1 venait réaffirmer le principe de l'effet relatif des contrats, estimant que « *les clauses organisant les relations entre des parties à l'un des contrats de l'ensemble ne s'appliquent dans les autres conventions que si elles ont été reproduites et acceptées par les autres contractants* »¹¹⁰¹. Principe toutefois nuancé par les deux articles suivants, le premier énonçant que « *certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de l'engagement et n'aient pas formé de réserves* »¹¹⁰², le second que « *lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité* »¹¹⁰³. Ces propositions n'ont toutefois jamais été inscrites en droit positif. Le droit des obligations semble ainsi bien en peine de donner au réseau la cohérence que la pratique, de même que d'autres branches du droit à l'instar du droit de la concurrence, lui reconnaissent.

1096 M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges Gabriel Marty*, Presses universitaires de Toulouse, 1978, p. 253.

1097 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 208. Dans le même sens, S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux réseaux de distribution*, Litec, 2002, n° 66.

1098 B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975, n° 67.

1099 V. notamment J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001, n° 757

1100 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

1101 Ibid. art. 1172-1.

1102 Ibid. art. 1172-2.

1103 Ibid. art. 1172-3.

2. *Le réseau, bien incorporel*

526. De façon moins ambitieuse, la reconnaissance du réseau passe peut-être par un phénomène de patrimonialisation : le bien que constitue le réseau n'est-il pas le fonds de commerce du franchiseur ou, à tout le moins, son principal élément (a) ? La patrimonialisation du réseau et des conventions le composant serait ainsi une forme de tempérament à l'effet relatif des contrats (b).

a. *L'assimilation du réseau au fonds de commerce du franchiseur*

527. **Élément de l'entreprise du franchiseur.** Le Professeur Bernard Teyssié esquisse la voie d'une approche nouvelle et constate qu'« *un ensemble de contrats de concession ou d'agence constitue un élément de l'entreprise du concédant [...]. La faculté de le céder dont dispose son promoteur en démontre l'unité* »¹¹⁰⁴. Le raisonnement inductif semble ici d'un précieux secours et la pratique éclaire d'un jour nouveau la théorie. En effet, le réseau représente, pour le franchiseur, une valeur patrimoniale qu'il est susceptible d'aliéner. Naturellement, dans ces situations, la pratique privilégie des mécanismes de transmission universelle de patrimoine, voire la seule prise de participation au capital de la société franchiseur, si bien que la personne morale titulaire du contrat de franchise n'est pas modifiée¹¹⁰⁵. Rien n'interdit toutefois d'envisager la situation d'un franchiseur – personne physique – désireux de céder son entreprise, c'est-à-dire son réseau. Quelles techniques juridiques sont-elles à même d'assurer un tel résultat ?

528. **Les franchisés, clients du franchiseur.** Sans doute faut-il commercer par vendre au cessionnaire la marque, les divers signes distinctifs, le savoir-faire, l'éventuel stock, bref en un mot, les éléments constitutifs du fonds de commerce du franchiseur¹¹⁰⁶. Voilà un bon début, mais cette opération réalisée, peut-on affirmer avoir ainsi transféré le réseau en tant que tel ? Assurément non, et la jurisprudence en offre un exemple édifiant. Il est constant qu'en l'absence de clause contraire, la cession d'un fonds de commerce n'emporte pas cession des contrats conclus par le cédant avec des tiers, clients ou fournisseurs¹¹⁰⁷. Les contrats de franchise ne font donc pas juridiquement partie du fonds de commerce du franchiseur, pas plus par exemple – quoique la solution soit parfaitement contre-intuitive – que les contrats de fidélisation conclus avec la clientèle d'un hypermarché ne font partie du fonds de commerce de cette entreprise¹¹⁰⁸. Ainsi, à défaut de céder les contrats de franchise auxquels il est partie, le franchiseur demeure tenu de ses

1104 B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975, n° 221.

1105 V. notamment F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 421 et s. et P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 267.

1106 Sur la question de la cession d'un réseau, V. G. Amédée-Manesme et H. Helwaser, « Le rachat ou la fusion de réseaux », *JCP E*, 2012, 1364 : pour l'auteur, la valorisation d'un réseau dépend principalement de la valeur du savoir-faire, de celle des emplacements des franchisés dans chacune des villes où le réseau est représenté, de la valeur de la marque, mais également de la valeur des contrats de franchise eux-mêmes (nombre de ces contrats, durée, progression en terme de rentabilité, taux de résiliation et de non-renouvellement...).

1107 Cass. Com., 7 juillet 2009, *Pompes funèbres Santa Catalina c/ Sté Wallbrecq Leleux*, n° 05-21.322, JurisData n° 2009-049190 : Inédit.

1108 C.A. Paris, 15 décembre 1999, JurisData n° 1999-102149.

obligations envers ses franchisés, nonobstant le fait qu'il ait cédé les éléments de son fonds nécessaires à cette activité¹¹⁰⁹. Pour achever l'opération de cession du réseau, il faudrait donc encore céder ces contrats, ce qui peut aisément être réalisé par la stipulation d'une clause dans l'acte de cession¹¹¹⁰. Ce faisant, il sera cédé au repreneur du réseau l'ensemble des relations d'affaires existant entre l'ancien franchiseur et les franchisés. En d'autres termes, c'est la clientèle du franchiseur que l'on aura cédée. Par où l'on arrive à la conclusion que, céder un réseau de franchise revient à céder les éléments du fonds de commerce du franchiseur, ainsi que sa clientèle. Céder un réseau équivaut donc juridiquement à céder le fonds de commerce de son promoteur¹¹¹¹. Et il ne faut que peu d'audace pour affirmer, à l'aide d'un raisonnement inductif, que le réseau de franchise n'est rien d'autre que le fonds de commerce du franchiseur¹¹¹².

*b. La patrimonialisation comme tempérament
à l'effet relatif des conventions*

529. Création d'un droit privatif sur le réseau. Cette voie de la patrimonialisation du réseau a déjà été suggérée par d'éminents auteurs, quoique sur des fondements différents. C'est ainsi par le biais de la distinction classique entre droits personnels et droits réels que Madame Laurence Amiel-Cosme suggère l'idée de la reconnaissance d'un droit privatif sur le réseau¹¹¹³. Partant de l'analyse des droits sur les biens incorporels, l'auteur remarque que la doctrine est parfois réticente à les qualifier de droits réels. Ainsi, à propos du droit d'auteur et des droits voisins, Messieurs les Professeurs Terré et Simler expliquent que ces droits « *se situent mal par rapport à la classification traditionnelle des droits réels et des droits personnels* »¹¹¹⁴. Ces auteurs concèdent toutefois que ces droits « *se rapprochent des droits réels : comme ceux-ci, ils s'analysent en un droit exclusif d'exploitation. Aussi, dans la pratique, les appelle-t-on souvent propriétés (propriétés littéraires et artistiques, propriété industrielle, propriété commerciale, etc.)* »¹¹¹⁵.

530. S'appuyant sur cette analogie, et reprenant pour partie les travaux de Monsieur Schaming¹¹¹⁶, Madame Laurence Amiel-Cosme estime qu'il « *n'y aurait pas de distinc-*

1109 Cass. Com., 28 juin 2005, JB distribution c/ Société lyonnaise de développement commercial, n° 04-10.038 : Inédit, *LPA*, 2006, n° 48, p. 3, note Mainguy, *LPA*, 2006, n° 224, p. 30, note Simon.

1110 Cass. Com., 7 juillet 2009, Pompes funèbres Santa Catalina c/ Sté Walbrecq Leleux, n° 05-21.322, *JurisData* n° 2009-049190 : Inédit.

1111 Et l'on retrouve l'idée que nous avons d'ores et déjà défendu à plusieurs reprises au cours de ces développements que les franchisés ne sont autres que les clients du franchiseur. V. supra, n° 232 et s.

1112 L'idée d'assimiler un contrat (et donc a fortiori un ensemble de contrats) à un bien est largement critiquée par une part de la doctrine (v. A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2e éd., P.U.F., 1998, n° 180). Mais si l'on se refuse à admettre qu'un contrat – ou que la position de partie à ce contrat – puisse avoir une valeur économique, il est difficile de concevoir n'importe quelle cession de fonds de commerce qui porte en elle l'espoir de voir le cessionnaire bénéficier des contrats présents et futurs conclus par le cédant avec la clientèle.

1113 L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, L.G.D.J., 1998, 356 et s.

1114 F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 33.

1115 *Ibid.*, n° 35.

1116 B. Shaming, « Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée », *Cab. dr. entr.*, 1992, oct., p. 20.

tion de nature à opérer entre, par exemple, celui qui crée une œuvre littéraire ou artistique et qui se voit conférer un droit d'exploitation de son œuvre, et l'initiateur d'un réseau qui devrait légitimement se voir assurer du même droit »¹¹¹⁷. Ainsi, « le droit porterait alors directement sur le réseau, constituant un nouveau droit de propriété incorporelle »¹¹¹⁸, justifiant l'opposabilité du réseau en dehors de toute formalité de publicité.

531. Intérêt pratique limité. Le principal point d'achoppement de cette construction demeure que l'on perçoit mal l'intérêt pratique de la consécration d'un tel droit privatif sur le réseau, dans la mesure où son objet est difficilement identifiable. Le Professeur Didier Ferrier s'interroge : « *distinct de la marque, celle-ci étant appropriée par le promoteur du réseau, distinct de la clientèle, celle-ci appartenant à chaque membre du réseau, distinct de l'organisation, celle-ci ne présentant pas d'originalité en elle-même* »¹¹¹⁹, quel peut bien être l'objet du droit incorporel ainsi consacré ? Pour notre part, nous estimons que l'objet de ce droit n'est autre que le fonds de commerce du franchiseur, c'est-à-dire la valeur pécuniaire de l'ensemble de moyens corporels et incorporels réunis et organisés par le franchiseur afin d'exercer son activité. Cela implique que le promoteur du réseau bénéficie de la protection qui est celle octroyée à tout commerçant sur l'universalité de fait que constitue son fonds de commerce. Individuellement, chaque élément de l'universalité demeure protégé par les règles qui lui sont propres. L'ensemble bénéficie pour sa part de la protection du droit de la concurrence déloyale et parasitaire. Ainsi, la reconnaissance d'un droit privatif sur le réseau n'implique pas nécessairement un bouleversement des solutions actuelles, dont elle ne modifierait pas le fondement juridique.

532. Sans être révolutionnaire, la construction nous semble avoir le mérite de clarifier les concepts. Le franchiseur est un commerçant et a donc, à ce titre, un fonds de commerce. Ses clients ne sont autres que les franchisés¹¹²⁰. Comme pour tout commerçant, cette clientèle et surtout les moyens matériels et immatériels déployés pour la conquérir et la fidéliser représentent une valeur économique et une universalité de fait indissociable de la notion de fonds de commerce. Il semble ainsi possible de répondre aux interrogations soulevées par le Professeur Didier Ferrier à l'issue de l'article qu'il consacrait à la considération juridique du réseau :

- quel est l'objet du droit privatif sur le réseau ? l'ensemble des moyens matériels et contractuels, serait-on tenté d'ajouter, mis en œuvre par le franchiseur pour capter sa clientèle constituée de ses franchisés ;
- quel est le sujet de ce droit ? le franchiseur exclusivement ;
- quelle est sa portée ? il implique une protection par le droit de la concurrence déloyale et parasitaire du réseau en tant qu'universalité de fait.

1117 L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, L.G.D.J., 1998, n° 349.

1118 Ibid., n° 358.

1119 D. Ferrier, « La considération juridique du réseau », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, n° 47.

1120 V. supra, n° 232 et s.

B. L'incidence de la notion d'effet relatif sur la concurrence subie par le réseau

533. **Obstacle principal à la reconnaissance juridique du réseau.** L'effet relatif des conventions semble donc un obstacle à ce que le réseau puisse présenter une certaine cohérence et unité, voire à ce que cette notion acquière une véritable portée et autonomie juridique. Incapable de s'imposer à elle-même, la notion de réseau peut-elle alors prétendre s'imposer aux tiers ? Telle qu'elle a été précédemment définie, la notion d'effet relatif revient à énoncer que l'on ne peut exiger des tiers les prestations prévues par le contrat, seules les parties étant susceptibles de devenir débiteur ou créancier¹¹²¹. Dès lors, il est naturellement impossible à la tête de réseau, notamment en matière de distribution, d'exiger de tiers qu'ils se soumettent à des normes de nature contractuelle. Certes, la revente de produits soumis à une exclusivité dans des conditions préjudiciables peut être source de responsabilité¹¹²², mais il ne peut s'agir que d'une responsabilité extracontractuelle, et donc d'une exécution par équivalent, qui suppose, au reste, la démonstration d'une faute distincte du seul non-respect de la norme contractuelle. Il est impossible pour la tête de réseau d'exiger de tiers qu'ils respectent les normes imposées à ses franchisés¹¹²³.

534. L'effet conjugué des articles 1134 et 1165 du Code civil a pour autre conséquence une présomption d'ignorance du réseau au bénéfice du tiers. Si le contrat fait la loi des parties et est donc nécessairement réputé connu en toutes ses dispositions par ces dernières, il en va naturellement tout autrement des tiers. Bien au contraire, la présomption de bonne foi édictée par l'article 2274 du Code civil commande de partir du postulat que le tiers commercialisant des produits soumis à une exclusivité ignore celle-ci. La Cour de cassation l'a jugé dès 1963, estimant que le bénéficiaire de l'exclusivité ne peut pas demander au juge des référés la saisie de marchandises commercialisées en violation du réseau jusqu'à ce que le revendeur parallèle prouve sa bonne foi¹¹²⁴. C'est au promoteur du réseau qu'il incombe de prouver la mauvaise foi du tiers, c'est-à-dire – entre autres – sa connaissance de l'obligation violée¹¹²⁵. Une telle position, pour orthodoxe qu'elle soit sur le plan juridique, peut vite prendre des allures de tartuferie lorsque l'exclusivité violée est plus que notoire. Faisant œuvre de bon sens, la Cour

1121 V. supra, n° 517 et s.

1122 V. infra, n° 558 et s.

1123 Il est d'ailleurs possible d'imaginer que tel n'est pas le souhait des franchiseurs à la tête d'un réseau de distribution. Car, poussée à l'extrême, cette exigence reviendrait à exiger des revendeurs parallèles qu'ils se rendent coupables de concurrence déloyale par confusion. La solution est évidemment inverse entre membres d'un même réseau, l'effet relatif n'interdisant pas à un affilié de poursuivre les manquements contractuels de l'un de ses co-affiliés sur le terrain délictuel (Cass. Com., 1er juillet 2003, Sté Anaïs c/ Sté Marie Jeanne Godard, n° 99-17.183, *JCP E*, 2003, 1435, note Vilmart, *RDC*, 2004, p. 396, note Behar-Touchais).

1124 Cass. Com., 12 mars 1963 : *Bull. civ.* III, n° 152

1125 Cass. Com., 25 avril 2001, Conseil national des professions de l'automobile c/ Garage Gauvin, n° 98-21.559, *JCP E*, 2001, p. 1099, note Fourgoux, *D.*, 2000, p. 1946, obs. Chevrier, *Cont. conc. consom.*, 2001, n° 7, p. 19, note Malaurie-Vignal, *JCP G*, 2002, n° 12, p. 546, note Viney.

de cassation a pu admettre que la connaissance d'un réseau particulièrement notoire soit présumée¹¹²⁶ ou, de façon encore plus logique, qu'elle s'infère automatiquement de la qualité d'ancien distributeur du réseau¹¹²⁷. Il est encore possible de notifier cette exclusivité aux tiers¹¹²⁸, mais une telle notification ne pouvant par hypothèse être faite *erga omnes*, elle interviendra bien souvent a posteriori, alors que les produits sont déjà commercialisés sur le marché parallèle. Sur ce plan, la mise en place d'un système de publication, inspiré de celui qui existe pour les principaux contrats relatifs au fonds de commerce (cession, location-gérance, apport en société, etc.) ne pourrait qu'être bénéfique et permettrait d'instaurer une présomption¹¹²⁹ de connaissance de l'exclusivité. À défaut d'un tel mécanisme, dont l'origine ne peut être que législative, doctrine et jurisprudence ont eu recours à la notion d'opposabilité afin de préciser les contours de la protection du réseau de la concurrence des tiers.



535. Ainsi, le principe de l'effet relatif des conventions est-il sans doute moins ancien qu'on ne l'enseigne habituellement. Son essor s'inscrit en toute hypothèse dans le cadre de la philosophie individualiste et utilitariste de la fin du XVIII^e siècle. Son appréhension par la doctrine juridique a d'ailleurs largement varié au fil du temps, pour parvenir aujourd'hui à une portée renforcée en contrepartie d'un champ d'application plus restreint. Aussi, peut-on reformuler le principe en la formule selon laquelle le contrat ne peut déployer d'effet obligatoire vis-à-vis des tiers. En tant qu'ensemble de contrats, le réseau est largement impacté par ce principe, les tiers n'étant en aucune manière tenus du respect des obligations participant à l'organisation interne du réseau de franchise. À dire vrai, le seul statut auquel puisse prétendre le réseau est celui de bien immatériel, très probablement confondu avec la clientèle du franchiseur. Dès lors, l'effet relatif s'oppose à toute tentative de protection plus poussée du réseau qui ne pourra, comme toute clientèle, être protégé que contre les attaques abusives. La notion d'opposabilité, forgée par la doctrine en réaction aux excès de l'effet relatif ne semble pas de nature à influencer sur ce constat.

1126 V. Cass. Com., 16 mars 1965, Comptoir Typesales c/ Omnium national de contrôle, n° 60-13.486 : Bull. civ. III, n° 199 ou C.A. Paris, 18 avril 2008, SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific Création, n° 07/04360, cité par N. Ferrier et L. Sautonie-Laguionie, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », RTD civ., 2011, n° 2, p. 225

1127 C.A. Aix-en-Provence, 19 juin 2002, JurisData n° 2002-188430.

1128 Cass. Com., 21 février 1978, Universal c/ Mitsubishi, n° 76-12.716 : Bull. civ. IV, n° 73.

1129 Laquelle pourrait être réfragable afin de ne pas heurter le principe de sécurité juridique et de libre circulation des marchandises et permettant de préserver l'hypothèse d'école d'un distributeur parallèle ignorant tout de l'exclusivité et commercialisant les produits soumis à exclusivité en toute bonne foi.

SECTION II. LA NOTION D'OPPOSABILITÉ DES CONVENTIONS, SUPPORT DES TENTATIVES DE PROTECTION DU RÉSEAU

536. Il est, en droit positif, acquis que « *toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »¹¹³⁰. L'antienne est bien connue : la violation d'un contrat, en connaissance de cause, par un tiers, est source de responsabilité délictuelle. Il est toutefois permis d'interroger les fondements de cet axiome (I), avant de s'intéresser à la manière dont il peut être appliqué au cas particulier des réseaux de franchise (II).

I. LES SOURCES CONFUSES DE LA NOTION D'OPPOSABILITÉ

537. L'interdiction de participer à la violation des engagements contractuels d'autrui pourrait sembler être un principe immuable, solidement ancré et appartenant presque au droit naturel. Il semble toutefois qu'il n'en soit rien : non seulement la règle est loin de faire l'unanimité en droit comparé (A), mais son origine demeure en outre largement débattue en droit interne (B).

A. Une notion accueillie avec prudence par les systèmes juridiques étrangers

538. **Droit comparé.** Une rapide incursion en droit comparé permet de constater que le principe est assez communément admis, non sans nuances toutefois, si bien que l'on peut au final douter de son universalité. À y regarder de plus près, tant les droits anglais (1), américain (2) qu'allemand (3) se montrent en vérité moins prompts à sanctionner la violation d'un engagement contractuel par un tiers.

1. La possible justification de l'atteinte au contrat par un tiers en droit anglais

539. **Rôle capital de la bonne foi et des intérêts poursuivis.** Le droit anglais pose la règle selon laquelle « *il est contraire au droit de s'immiscer dans des relations contractuelles*

1130 Cass. Com., 11 octobre 1971, Société européenne de brasserie c/ Sechet, n° 70-11.892, D., 1972, p. 120. La solution est fort ancienne et constamment réaffirmée par la jurisprudence (Civ., 27 mai 1908, D., 1908, p. 459 ; Cass. Com., 29 mai 1967 : Bull. civ. III, n° 211 ; Cass. Com., 13 mars 1979 D., 1980, p. 1, obs. Serra ; Cass. Com., 5 février 1991, n° 88-18.400 : Bull. civ., IV, n° 51, D., 1991, IR, p. 69).

sanctionnées par la loi s'il n'existe pas de justification suffisante pour le faire »¹¹³¹. Le principe a été dégagé à l'occasion d'une affaire opposant deux patrons de théâtres londoniens à la fin du XIX^e siècle¹¹³². Le premier, Benjamin Lumley, avait engagé la chanteuse Johanna Wagner afin qu'elle se produise exclusivement dans sa salle pendant trois mois. La mezzo-soprano avait été débauchée par le patron du *Covent Garden Theatre*, lequel avait offert à la chanteuse un salaire plus alléchant. Cette attitude est condamnée par la *England and Wales High Court*. Pour que l'immixtion dans les relations contractuelles entre tiers constitue un délit, trois conditions doivent cependant être réunies. La première tient à la connaissance par le tiers du contrat et à son intention d'en entraver l'exécution. La deuxième impose que le contrat ait réellement été violé et que cette violation ait effectivement entraîné un préjudice au cocontractant. Quant à ces deux premières conditions, les droits français et anglais sont donc extrêmement proches. En revanche, le droit anglais offre une planche de salut au tiers complice de la violation contractuelle, que le droit français ne connaît pas. La violation du contrat peut se voir rachetée si le tiers complice a agi dans une sorte de devoir moral, ou dans la poursuite d'un autre droit protégé par la loi¹¹³³. La bonne foi du tiers, de même que les intérêts par lui poursuivis dans le cadre de l'atteinte au contrat semblent jouer un rôle déterminant¹¹³⁴.

2. Le strict encadrement législatif de la sanction de l'atteinte au contrat par un tiers en droit américain

540. Rigueur du droit américain. La législation américaine est pour sa part beaucoup plus précise et semble l'une des plus abouties en la matière. La question de la violation des contrats par les tiers est envisagée par le *Restatement 2d of the Law of Torts* de 1977. Le paragraphe 766 dispose, non sans une certaine dose d'humour et de pragmatisme, que « *quiconque entrave intentionnellement et indûment l'exécution d'un*

1131 Lord Magnaghten *in* Quinn v. Leatham, 1901 : AC 495.

1132 Lumley v. Gye, 1853 : EWHC QB J73.

1133 La doctrine anglo-saxonne se refuse à encadrer cette exception dans des contours trop stricts et préfère, classiquement, une approche cas par cas. V. J. Crawford, « Deuxième rapport sur la responsabilité des états », *Assemblée générale des Nations-Unies, Commission du droit international*, 1999.

Selon MM. Clerk & Lindsell (J. F. Clerk, W. H. B. Lindsell et M. Brazier, *On Torts*, Sweet & Maxwell), il est impossible d'énoncer une quelconque règle générale concernant la nature de cette défense. V., par exemple, Glamorgan Coal Co v. South Wales Miners' Federation, 1903 : 2 KB 545, 573 et 574 ; Smithies v. National Association of Operative Plasterers, 1909 : 1 KB 310 ; Hill c. First National Finance Corp, 1989 : 1 WLR 225 (CA).

Sont par exemple justifiées les entraves mises par un père afin d'empêcher la conclusion d'un contrat de mariage entre sa descendance et une personne aux mœurs douteuses (Glamorgan Coal, 577 (Stirling LJ) (1905) AC 239, 249 (Lord James, HL) ; Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch, 1942 : AC 435, 442-3 (Simon LC)).

1134 V. notamment la décision South Wales Miners' Federation v Glamorgan Coal Co. [1905] AC 239 qui nous paraît assez illustrative : la Chambre des Lords refuse de condamner un syndicat ayant poussé certains mineurs à ne plus exécuter leurs contrats dans la mesure où l'attitude dudit syndicat « *était dictée par le désir honnête de défendre l'intérêt des travailleurs et n'était, en aucune manière, dictée par le propos de causer du tort à leur patron. Pas plus que plus le syndicat n'avait d'ambition d'enrichissement personnel de part la grève* ».

contrat (à l'exception des contrats de mariage) conclu entre deux personnes, en incitant ou amenant de quelque façon que ce soit une des parties à ne pas exécuter le contrat est responsable vis-à-vis de l'autre partie pour toute perte pécuniaire résultant de la non-exécution du contrat ». L'adverbe indûment introduit, comme en droit anglais, la possibilité d'une justification de l'atteinte au contrat par le tiers. Le paragraphe suivant définit en revanche plus précisément les critères à prendre en compte dans une telle appréciation. Il s'agit de la nature du comportement, du mobile, des intérêts de la partie lésée par le comportement de l'auteur, des intérêts de l'auteur, de l'intérêt social qu'il y a à protéger la liberté d'action de l'auteur et les intérêts contractuels de l'autre partie, de la mesure dans laquelle le comportement de l'auteur coïncide avec l'immixtion, et des relations entre les parties.

3. Le refus d'une sanction de principe de l'atteinte au contrat par un tiers en droit allemand

541. Atteinte aux bonnes mœurs. Outre-Rhin, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) est plus réticent à l'idée de sanctionner le tiers complice d'une violation contractuelle. Pourtant, le § 823, I semble de prime abord offrir un fondement fort propice à une telle prohibition¹¹³⁵. Néanmoins, les tribunaux allemands se refusent à protéger sur ce fondement un droit de créance, estimant que le § 823, I doit être réservé aux droits absolus¹¹³⁶. Il est vrai que, si ce texte devait être utilisé comme support de la sanction de la tierce complicité de la violation d'engagements contractuels, il n'existerait aucune condition quant à la connaissance de la convention par le tiers ou encore à sa mauvaise foi. Le texte prohibe en effet l'atteinte « intentionnelle ou par imprudence ». Pour éviter ces écueils, c'est le § 826 du BGB – prohibant l'atteinte intentionnelle aux bonnes mœurs – qui est sollicité en pareil cas. On comprend aisément que le recours à ce texte ne peut être exceptionnel et ne permet en rien à fonder une prohibition de principe, ainsi que l'a rappelé la Cour suprême : « *les droits contractuels sont au nombre des droits dont la violation ne constitue pas en soi une faute délictuelle. De même, sur le plan moral, rien n'oblige un tiers indépendant à subordonner ses propres intérêts à ceux des parties contractantes. Le paragraphe 826 du BGB ne peut donc pas être invoqué pour réclamer des dommages-intérêts à un tiers au seul motif qu'il a coopéré à la violation d'un [contrat]* »¹¹³⁷.

1135 « *Quiconque porte illicitement atteinte intentionnellement ou par imprudence, à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, au droit de propriété ou à un autre droit d'autrui est tenu envers autrui de réparer le dommage qui en résulte* » (traduction proposée par Robert Wintgen : R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 149).

1136 Ibid.

1137 BGH NJW 1994, 128 cité et traduit par J. Crawford, « Deuxième rapport sur la responsabilité des états », *Assemblée générale des Nations-Unies, Commission du droit international*, 1999.

B. Une notion aux fondements contestés dans la doctrine française

542. Que le contrat puisse avoir un quelconque impact sur les tiers heurte la lettre de l'article 1165 du Code civil. De nombreuses plumes se sont donc essayées à justifier que le contrat puisse produire quelque effet en dehors de la sphère qui lui est classiquement assignée. Trois théories ont principalement été avancées. Le contrat pourrait tout d'abord être perçu par les tiers comme un fait, lequel s'imposerait à eux (1). Son opposabilité pourrait encore provenir de ce que, contrairement à ce qui est classiquement enseigné, les droits personnels sont, au même titre que les droits réels, opposables (2). Enfin, certains auteurs contemporains proposent de faire découler l'opposabilité du contrat vis-à-vis des tiers de l'article 1134 du Code civil (3).

1. *Le contrat comme fait s'imposant aux tiers*

543. Si l'idée que le contrat est opposable aux tiers en ce qu'il constitue, pour eux, un fait que ces derniers ne sauraient ignorer inspire une large partie des solutions du droit positif (a), cette conception est encore largement contestée par nombre d'auteurs (b).

a. Le contrat-fait, théorie reçue en droit positif

544. **Fait s'imposant aux tiers.** Il est fréquemment avancé que le contrat est créateur de droit et modifie ainsi l'ordonnement juridique. En tant que telle cette situation s'impose aux tiers. Messieurs les Professeurs Terré, Simler et Lequette indiquent par exemple que « *de fait, le contrat crée une situation juridique dont les tiers, même s'ils ne sont pas personnellement liés par elle, ne peuvent méconnaître l'existence* »¹¹³⁸. Plus clairement encore, le Professeur Philippe Malinvaud se rallie à cette explication et expose que « *pour les tiers au sens étroit du terme, le contrat – et son exécution ou son inexécution – est un fait pur et simple qui, le cas échéant, s'imposera à eux, à leur détriment comme à leur profit, bien qu'ils ne soient ni créanciers, ni débiteurs* »¹¹³⁹. Il s'agit là d'une présentation extrêmement classique et partagée en doctrine¹¹⁴⁰. L'auteur d'une thèse sur le sujet attribue, sinon la paternité, à tout le moins la systématisation de cette approche à deux auteurs de la première moitié du XX^e siècle, auteurs à quelques mois d'intervalle de deux thèses sur le thème de la relativité des conventions¹¹⁴¹. Tant Madame Simone Calastreng que le Doyen Alex Weill plaident pour une lecture raisonnée et restrictive de l'article 1165 du Code civil, lequel ne fait pas obstacle selon eux à la reconnaissance d'un principe d'opposabilité du contrat à l'égard des tiers¹¹⁴².

1138 F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 490.

1139 P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012, n° 443.

1140 Dans le même sens, v. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations : l'acte juridique*, 15e éd., Tome 1, Sirey, 2012, n° 440 ; H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil*, 8e éd., T. 2, vol. 1, Obligations, théorie générale, 1991, n° 744.

1141 V. R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 92 et s.

1142 A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938 et S. Calastreng, *La relativité des conventions*, Thèse : Toulouse, 1939.

545. Ronde enfantine de Mme Calastreng. L'illustration la plus parlante de la théorie du contrat-fait se retrouve sous la plume de Madame Simone Calastreng. Elle écrit : « *Pour mieux faire partager notre pensée, nous nous servirons d'une image, celle par exemple que nous suggère la ronde enfantine. Nul ne peut en obliger un autre à entrer dans le jeu ; il ne peut, par sa seule volonté, lui imposer ce plaisir ou cet ennui. Mais l'enfant doit tolérer la ronde de ses camarades, la voir passer et cela, indiscutablement, peut le peiner ou le réjouir ; elle lui est opposable comme un fait* »¹¹⁴³.

546. Cette idée que le contrat serait, aux yeux des tiers, un fait se retrouve également dans certaines décisions de la Cour de cassation. Une décision du 21 mars 1972 estime ainsi que « *si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent rechercher, dans des actes étrangers à l'une des parties en cause, des renseignements de nature à éclairer leur décision, ni ne puissent considérer comme créant une situation de fait à l'égard des tiers les stipulations d'un contrat* »¹¹⁴⁴. La Haute juridiction semble toutefois avoir aujourd'hui abandonné cette formule, qui avait pour seul avantage d'introduire l'idée d'une opposabilité des conventions à demi-mot, alors que quatre ans plus tôt, la même juridiction affirmait sans nuance que « *les conventions ne sont pas opposables à ceux qui n'y ont pas été parties* »¹¹⁴⁵. La référence au contrat comme fait se retrouve plus tardivement encore, mais dans l'hypothèse inverse où le contrat n'est plus opposé aux tiers, mais par les tiers. Un arrêt de 1991 estime ainsi que « *s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit comme un fait juridique la situation créée par le contrat* »¹¹⁴⁶. Si la notion même d'opposabilité doit donc beaucoup à la théorie du contrat-fait, qui a favorisé voire permis son introduction en droit positif¹¹⁴⁷, cette théorie n'est pas pour autant à l'abri des critiques.

b. Le contrat-fait, théorie toujours contestée en doctrine

547. Enfant espiègle du Pr. Wintgen. Dans les développements qu'il consacre à une critique de la théorie du contrat-fait, Monsieur le Professeur Robert Wintgen propose de reprendre la métaphore avancée par Madame Calastreng en 1939¹¹⁴⁸ pour mieux la réfuter. Si l'enfant qui n'est pas partie à la ronde ne peut se voir imposer d'y prendre part, « *rien ne [l'] empêche de proposer à ses camarades une distraction plus palpitante, il*

1143 S. Calastreng, *La relativité des conventions*, Thèse : Toulouse, 1939, p. 21.

1144 Cass. Civ. 3e, 21 mars 1972, Manrot Le Goarnic c/ Sté Diffusion industrielle nouvelle, n° 70-14.131, JurisData n° 1972-098193 : Bull. civ., III, n° 193, *JCP G*, 1973, II, 17400, note Sayag. Dans le même sens déjà, v. Cass. Civ. 1ère, 16 mai 1960 : Bull. civ., n° 258.

1145 Cass. Civ., 6 février 1952 : Bull. civ., I, n° 52. La formule est encore reprise plus tardivement dans un arrêt Cass. civ. 1ère, 9 juillet 1956 : Bull. civ., I, n° 290, *D.*, 1956, somm., p. 158

1146 Cass. Com., 22 octobre 1991, n° 89-20.490 : Bull. civ., IV, n° 302, *JCP G*, 1992, I, 3570, obs. Billiau, *RTD civ.*, 1992, p. 90, obs. Mestre, *D.*, 1993, p. 181, note Ghestin.

1147 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001, n° 628.

1148 S. Calastreng, *La relativité des conventions*, Thèse : Toulouse, 1939, p. 21.

n'est pas obligé de 'tolérer' le jeu »¹¹⁴⁹. Et l'auteur d'ajouter, un brin espiègle, « si les faits s'imposaient en tant que tels, l'enfant devrait également refuser de ranger sa chambre, car le désordre s'imposerait à lui comme un fait »¹¹⁵⁰. La critique est sévère, mais convaincante : il est vrai que la théorie du contrat-fait décrit davantage qu'elle n'explique ou ne justifie l'opposabilité des conventions vis-à-vis des tiers. Si certains faits « s'imposent » en droit c'est nécessairement parce qu'une règle de droit prescrit de les respecter : dans le cas contraire, il est libre, à quiconque s'en estime capable, de modifier l'ordre des choses...

548. Confusion entre le fait et le droit. Plus fondamentalement encore, dans un long article qu'il consacre en 1999 à la force obligatoire au contenu obligationnel du contrat¹¹⁵¹, le Professeur Pascal Ancel reproche à la théorie du contrat comme fait juridique à l'égard des tiers de procéder à une confusion majeure entre le fait et le droit. Reprenant à son compte les travaux du Professeur Paul Amssek sur la pensée de Charles Eisenmann¹¹⁵², le Professeur Pascal Ancel estime qu'« à la différence du contrat, qui pose des règles, un fait juridique n'est pas en soi créateur de nouvelles normes, il ne fait que déclencher l'application à une situation particulière d'une norme préexistante »¹¹⁵³. Si un fait, tel que le décès emporte un certain nombre d'effets juridiques opposables aux tiers – à l'instar du transfert de propriété des biens du défunt aux héritiers – c'est bien car il existe un corpus législatif traitant du droit des successions et prévoyant de tels effets¹¹⁵⁴. À l'inverse, une séparation de fait n'est nullement opposable aux créanciers du couple, car la loi ne donne aucune portée juridique à cet élément factuel¹¹⁵⁵. Le fait, en tant que tel, n'est nullement opposable aux tiers. En l'absence de norme particulière, il n'oblige nullement les tiers « à reconnaître [son] existence [...], à [le] respecter comme un élément de l'ordre juridique et à en subir les effets »¹¹⁵⁶. Si le contrat en tant que fait devait avoir une quelconque portée juridique, encore faudrait-il que la loi en dispose ainsi... De là à affirmer comme une doctrine autorisée que « la distinction entre le contrat considéré comme un acte juridique ou comme un simple fait est superflète »¹¹⁵⁷, il n'y a qu'un pas. Certains auteurs ne partagent toutefois pas cet avis et estiment que les faits sont au contraire opposables à tout un chacun. Monsieur José Duclos écrit par exemple que « les situations de fait sont en principe opposables, à l'instar des autres faits

1149 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 96.

L'analogie avec la question de l'opposabilité des réseaux est évidemment frappante.

1150 Ibid.

1151 P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771.

1152 P. Amssek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986

1153 P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771

1154 Ibid., n° 52.

1155 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 99. V. également J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, L.G.D.J., 1983, n° 14 et s.

1156 Il s'agit là des éléments définissant, pour Gérard Cornu, la notion d'opposabilité (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., P.U.F., 2011).

1157 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001, n° 628.

juridiques : puisqu'elles existent, elles sont virtuellement opposables¹¹⁵⁸ »¹¹⁵⁹. Que les faits doivent être pris en considération par tout un chacun est une chose indéniable qui relève de la lapalissade. De là à affirmer qu'ils doivent être respectés et s'imposent aux tiers avec la force du droit nous semble néanmoins particulièrement excessif.

2. L'opposabilité absolue des droits subjectifs

549. À l'inverse de la théorie du contrat-fait, la théorie de l'opposabilité absolue des droits subjectifs est une construction d'initiés. Elle a séduit les plumes les plus autorisées et spécialisées de la question (a), sans toutefois trouver – pour l'instant – de véritable écho en droit positif (b).

a. Une théorie bien ancrée au sein de la doctrine

550. S'il semble que l'on puisse trouver la trace de cette théorie sous la plume de juristes allemands, le principe de l'opposabilité absolue des droits subjectifs a, en France, été formalisé par Joseph Ortolan¹¹⁶⁰. Celui-ci réfute l'opposition traditionnelle entre droits absolus et droits relatifs, laquelle « *semble impliquer l'idée que le droit absolu existerait à l'égard de tous, tandis que le droit personnel et relatif n'existerait qu'à l'égard des personnes passives de ce droit* »¹¹⁶¹. À l'inverse, pour Ortolan, « *tout droit, du moment qu'il existe, existe à l'égard de tous, et doit être protégé, au besoin contre chacun* »¹¹⁶².

551. Parmi les contemporains d'Ortolan, Charles Demolombe soutient également une position assez similaire. L'idée d'une opposabilité *erga omnes* des droits personnels y est peut-être encore davantage formalisée, bien que le terme ne soit jamais employé. Demolombe écrit ainsi dans son imposant et inachevé *Cours de Code Napoléon* : « *Lors donc que nous disons que le droit personnel ne peut naître que d'une obligation personnelle, il ne s'agit pas, bien entendu, de cette obligation universelle, en quelque sorte négative, et je dirais presque banale, par laquelle tous les membres de l'État sont tenus de ne pas attenter aux droits d'autrui ; il s'agit d'une obligation spéciale et particulière par laquelle une personne déterminée est tenue envers une autre, obligation qui est constitutive de l'existence même du droit* »¹¹⁶³. Un droit personnel impliquerait dès lors, au-delà du rapport d'obligation entre créancier et débiteur, un devoir d'abstention, une obligation de ne pas faire, à l'égard de l'ensemble des autres sujets de droit.

552. **Obligation passive universelle.** Parachevant cette construction, la doctrine contemporaine distingue désormais l'obligation, relative et ne concernant que les parties, de l'opposabilité du droit qui en résulte, laquelle est absolue et intéresse tout un

1158 En italiques dans le texte.

1159 J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, L.G.D.J., 1983, n° 16. Pour une critique de cette conception, v. R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 100

1160 J. Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 2e éd., 1840.

1161 Ibid., n° 195.

1162 Ibid.

1163 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. XXV, 1870, n° 464.

chacun. Ainsi, lit-on sous la plume d'éminents spécialistes contemporains du droit des obligations qu'« *il est inexact de dire que le droit de créance ne s'impose qu'au débiteur. Les tiers ne peuvent impunément violer le droit du créancier à l'égard de son débiteur... Tout droit subjectif, quel qu'il soit, engendre ce que la thèse personnaliste appelle 'l'obligation passive universelle', il n'y a pas de droit qui ne soit pas opposable à tous* »¹¹⁶⁴. En effet, Planiol déjà, dans son *Traité élémentaire de droit civil* démontrait que « *tout droit est un rapport entre les personnes* » et qu'il ne peut exister de « *rapport d'ordre juridique entre une personne et une chose si bien que droits réels et droits personnels sont de même nature, les premiers impliquant une obligation passive universelle* »¹¹⁶⁵.

b. Une théorie en décalage avec le droit positif

553. L'opposabilité absolue des droits subjectifs a le mérite d'une certaine cohérence et unité. Comme le note un auteur, « *à première vue, l'affirmation selon laquelle il serait incohérent ou illogique de reconnaître à une personne un droit et de permettre en même temps aux tiers de méconnaître ce droit est, en effet, assez convaincante* »¹¹⁶⁶. Sa mise en pratique nous semble toutefois conduire à des solutions qui, non seulement n'expliquent pas le droit positif, mais encore s'en révèlent souvent à l'opposé. En vérité, il est bien difficile d'admettre que le droit positif connaisse une quelconque « obligation passive universelle » s'agissant des droits de créance. La jurisprudence ne sanctionne en effet le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle que tant que son comportement est volontaire, c'est-à-dire qu'il avait connaissance de l'existence de la convention violée¹¹⁶⁷. Or, cette précaution se révélerait parfaitement superfétatoire s'il existait véritablement un tel devoir général d'abstention. On notera par ailleurs que la connaissance de l'obligation violée par le tiers complice est une condition que l'on retrouve avec une étonnante constance en droit comparé, ni le droit anglais, américain ou allemand¹¹⁶⁸ ne souffrant que l'atteinte involontaire à une convention tierce puisse être sanctionnée¹¹⁶⁹.

554. Excès de l'obligation passive universelle. Plus encore, il ne nous paraît pas certain que l'atteinte aux prévisions contractuelles des parties par un tiers doive nécessairement être systématiquement sanctionnée. Qu'il nous soit permis, par un

1164 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001. Plus loin, ces mêmes auteurs développent toutefois l'idée que l'opposabilité peut, in fine, être rattachée et justifiée par la force obligatoire des conventions (v. sur ce point n° 555 et s.).

1165 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, L.G.D.J., 1952. Planiol dirigera une thèse, soutenue en 1900, sur le sujet : Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Thèse : Paris, 1900.

1166 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 139.

1167 « *Toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* » (Cass. Com., 11 octobre 1971, Société européenne de brasserie c/ Sechet, n° 70-11.892, *D.*, 1972, p. 120 ; Civ., 27 mai 1908, *D.*, 1908, p. 459 ; Cass. Com., 29 mai 1967 : Bull. civ. III, n° 211 ; Cass. Com., 13 mars 1979 *D.*, 1980, p. 1, obs. Serra ; Cass. Com., 5 février 1991, n° 88-18.400 : Bull. civ., IV, n° 51, *D.*, 1991, IR, p. 69).

1168 Avec une particulière vigueur chez nos voisins outre-Rhin.

1169 V. supra, n° 538 et s.

raisonnement inductif, d'imaginer un bailleur qui louerait une maison de vacances, avec vue sur mer et un locataire qui, juriste prudent et quelque peu tatillon s'empresserait de faire contractuellement acter cette caractéristique du bien, à ses yeux essentielle. Le bailleur devient alors débiteur de l'obligation de fournir une maison avec la vue convoitée. Si toutefois un voisin, lequel n'ignorerait rien du contrat de bail conclu entre les deux premiers, venait à édifier, légalement, sans bruit ni fracas particuliers, une construction obstruant la vue tant prisée on pourrait soutenir sans peine qu'il participe sciemment à la violation par le bailleur de ses engagements contractuels. Sans nul doute, le voisin se rend-il complice – voire davantage – de l'inexécution contractuelle du bailleur. Imagine-t-on pour autant un tribunal condamner le voisin bâtisseur, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à la réparation du préjudice subi par le locataire vacancier ? Reprenant la théorie de l'opposabilité absolue des droits subjectifs, oserait-on objecter au premier que l'engagement pris par son voisin l'oblige à une « obligation passive universelle », impliquant par là qu'il ne construise pas sur son terrain ? Un juriste anglais opposerait probablement que le droit de propriété est une « *sufficient justification for the interference in the contract* »¹¹⁷⁰. Le droit français ne connaît cependant aucun tempérament de ce type. L'« obligation passive universelle » n'aurait de sens que si elle est une obligation de moyens, mais n'a d'intérêt doctrinal que si elle est une obligation de résultat.

3. *L'opposabilité complément de la force obligatoire du contrat*

555. Les notions d'opposabilité et de force obligatoire du contrat ont un lien indéniable. La seconde apparaît d'ailleurs instinctivement comme le premier obstacle à la première : l'idée que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites implique par nature qu'elles ne peuvent produire de tels effets à l'égard de ceux qui ont été étrangers à leur formation. L'idée est notamment assez clairement exprimée chez Domat qui indique que « *comme les conventions se forment par le consentement, personne ne peut en faire pour un autre, s'il n'a pouvoir de lui. Et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tierces personnes* »¹¹⁷¹. Certains auteurs contemporains ont toutefois été amenés à relativiser cette proposition. Messieurs les Professeurs Ghestin, Jamin et Billau indiquent ainsi qu'« *en modifiant valablement la composition des patrimoines des parties, le contrat ne peut être rationnellement dépourvu de conséquences sur la situation des tiers qui ne peuvent donc l'ignorer et doivent ainsi en subir certains de ses effets, à leur profit ou à leur préjudice* »¹¹⁷². Il est vrai, par exemple, que dans le cadre d'un contrat de vente de biens mobiliers, les biens vendus et sortis du patrimoine du vendeur ne peuvent plus être saisis par les créanciers de ce dernier, quoiqu'ils n'aient pas encore été livrés à l'acquéreur et demeurent en la possession du cédant¹¹⁷³.

1170 « Justification suffisante pour l'interférence dans le contrat. » L'expression est employée dans la décision *Quinn v. Leathem*, 1901 : AC 495. V. supra, n° 539.

1171 J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tit. I, Sect. II, § III

1172 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001, n° 724.

1173 Cass. Civ., 24 juin 1845, S., 1846, 1, p. 551.

556. Extension justifiée par la force obligatoire du contrat. Une solution contraire reviendrait à dénier tout effet au contrat de vente. Les Professeurs Ghestin, Jamin et Billau poursuivent : « *si l'on se place du point de vue des parties vis-à-vis des tiers, l'opposabilité est destinée à faire produire au contrat tous ses effets, mais rien que ses effets. [...] L'opposabilité peut avoir pour effet d'étendre à des tiers certains effets obligatoires du contrat, mais seulement dans la mesure où cette extension est justifiée par le respect de la force obligatoire du contrat* »¹¹⁷⁴. Le contenu du contrat serait ainsi la mesure de son opposabilité. Selon ses promoteurs, cette théorie permettrait d'expliquer la solution retenue par le droit positif en matière de distribution sélective : le tiers ne commet aucune faute s'il s'est approvisionné auprès d'un tiers au réseau¹¹⁷⁵. Ce rapprochement entre force obligatoire du contrat et opposabilité ne nous semble toutefois pas permettre d'expliquer en quoi le droit positif fait de la connaissance de l'exclusivité un élément déterminant de la faute du tiers, de même que plus largement, la connaissance du contrat est une condition de la responsabilité du tiers complice. De même, l'explication de la différence d'opposabilité entre une cession de dette et une cession de créance nous semble quelque peu artificielle. Les auteurs estiment que si, au contraire de la cession de créance, la cession de dette n'est pas opposable au créancier, c'est parce que la cession de dette parfaite n'est pas admise en droit français¹¹⁷⁶. L'explication avancée par le Professeur Robert Wintgen nous paraît plus satisfaisante : l'auteur soutient tout au contraire que si la cession de créance produit des effets envers les tiers, c'est uniquement car la loi en dispose ainsi¹¹⁷⁷. Pour l'auteur, « *il est inexact de dire que le contrat est en principe opposable aux tiers. Le contrat peut produire de tels effets à l'égard des tiers, mais l'absence de tels effets n'est pas l'exception à un principe, elle est la règle* »¹¹⁷⁸. Cet axiome nous paraît le plus apte à décrire le droit positif.

* * * * *

* * *

*

557. En dépit de l'attrait de la notion d'opposabilité, l'effet relatif des conventions demeure la règle. Que celle-ci soit entachée de nombreuses exceptions ne suffit pas à permettre de conceptualiser un principe opposé. De plus, ces exceptions au principe de l'effet relatif sont systématiquement fondées sur un mécanisme légal, le plus souvent bâti autour d'une présomption de connaissance de la convention par les tiers. Cette présomption est le plus souvent assise au moyen d'un mécanisme de publicité légale instauré par le législateur. *De lege lata*, il semble donc difficile de permettre au réseau

1174 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001, n° 724

1175 Ibid., n° 736.

1176 Ibid., n° 737.

1177 R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004, n° 161.

1178 Ibid., n° 163.

d'accéder à une telle opposabilité. De lege ferenda, en revanche, une telle opposabilité est non seulement souhaitable, mais encore parfaitement concevable et pourrait, par exemple, reposer sur une simple mention de l'appartenance à un réseau de distribution au registre du commerce et des sociétés.

II. LA RÉCEPTION ÉPARSE DE LA NOTION D'OPPOSABILITÉ EN DROIT POSITIF

558. Il serait inexact d'affirmer que l'opposabilité demeure une simple théorie : tout au contraire, cette notion irrigue de nombreuses solutions retenues dans des domaines très divers. C'est d'ailleurs peut-être là son point faible : faute de constituer une véritable règle, l'opposabilité des conventions en est souvent réduite au rang de variable d'ajustement. Le plus souvent même, l'opposabilité n'est que la conséquence de l'application de règles éparées, propres à différentes matières spécifiques. Ainsi, faute de véritable principe général, l'opposabilité du réseau résulte fréquemment en pratique de solutions propres aux règles de la responsabilité civile délictuelle (A), des pratiques restrictives de concurrence (B), du droit des marques (C), voire du droit de la consommation (D).

A. La protection du réseau par la responsabilité civile délictuelle

559. L'article 1382 apparaît comme le fondement classique permettant la sanction des francs-tireurs, commercialisant des produits soumis à une exclusivité au mépris d'un réseau de distribution. La plasticité du texte autorise cependant la jurisprudence à prendre, alternativement, deux voies pour sanctionner de tels comportements. Le raisonnement, classique, consiste à appliquer aux conventions individuelles constituant le réseau le principe bien connu et précédemment étudié selon lequel la participation délibérée à la violation d'une obligation contractuelle souscrite par un tiers constitue une faute délictuelle (1). D'autres décisions choisissent toutefois une voie plus originale et audacieuse, considérant que la faute réside, non point dans la revente en elle-même ni même dans l'approvisionnement, mais plus précisément dans les circonstances entourant la revente des produits soumis à exclusivité. Dans certains cas, ces circonstances peuvent être constitutives de concurrence déloyale (2).

1. La faute née de la violation consciente de l'exclusivité

560. De façon fort classique, la jurisprudence décide qu'un revendeur commet une faute délictuelle lorsque, contractant avec l'affilié d'un réseau de distribution, il participe sciemment à la violation d'un engagement d'exclusivité dont serait débiteur ce

dernier¹¹⁷⁹. Au terme de cette jurisprudence, deux conditions sont donc nécessaires pour engager la responsabilité du tiers : d'une part la présence d'une obligation d'exclusivité à la charge de du franchisé **(a)**, d'autre part celle de la connaissance de cette clause par le tiers **(b)**.

a. L'existence d'une exclusivité valable

561. Cette première condition présuppose évidemment que soit tranchée la question de la validité du réseau au regard du droit de la concurrence, et principalement eu égard à la législation relative aux ententes¹¹⁸⁰ **(a-1)**. En vérité, la difficulté majeure quant à cette question demeure de savoir qui doit supporter le fardeau de la preuve **(a-2)**.

a-1. La question de la licéité du réseau

562. À l'inverse du contrat de concession, l'exclusivité n'est pas l'essence même du contrat de franchise¹¹⁸¹. Bien au contraire, l'obligation faite au franchisé de ne s'approvisionner qu'auprès du franchiseur et de ne revendre qu'à des consommateurs finals est largement encadrée, principalement par le droit européen de la concurrence. Cette réglementation ayant déjà été étudiée dans le cadre de l'étude de l'impact du droit de la concurrence sur les relations entre les parties au contrat, il convient de renvoyer à ces développements s'agissant du contenu de ces règles¹¹⁸². La question rejaillit toutefois sur les relations du réseau avec les tiers, dans la mesure où il ne peut être reproché à un tiers sa complicité dans la violation d'une clause elle-même illicite. Cette nuance nous semble par ailleurs éclairer le débat quant aux fondements de la notion d'opposabilité et remettre en cause l'idée selon laquelle c'est en tant que fait que le contrat s'impose aux tiers¹¹⁸³. Car, s'il est vrai que les faits s'imposent à chacun, ce sont bien tous les faits qui jouissent de cette qualité, que ces faits soient légaux ou non. Le vol s'impose à sa victime, de même qu'il est opposable, par exemple, aux créanciers de cette dernière sans toutefois être licite. Il en va différemment des contrats, dont l'opposabilité est subordonnée à la licéité et qui ne peuvent donc être totalement assimilés – même à l'égard des tiers – à de simples faits.

1179 Cass. Com., 3 janvier 1964 : Bull. civ. IV, n° 3 ; Cass. Com., 30 octobre 1968, *JCP G*, 1969, II, 15964, note Prieur ; Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1970 : Bull. civ. I, n° 41 ; Cass. Com., 11 octobre 1971, Société européenne de brasserie c/ Sechet, n° 70-11.892, *D.*, 1972, p. 120 ; Cass. Com., 15 octobre 1974, Comptoir industriel du Pacifique c/ Comptoir polynésien, n° 73-13.321 : Bull. civ., IV, n° 247 ; Cass. Com., 16 octobre 1974, *JCP G*, 1975, II, 18150, note J. H. ; Cass. Com., 21 mars 1989 : Bull. civ. IV, n° 97 et 98, *D.*, 1989, p. 427, note Bénabent, *RTD civ.*, 1989, p. 326, obs. Mestre ; Cass. Com., 12 juillet 1993, Sacopar c/ Parfums Christian Dior, n° 90-19.660 : Bull. civ., IV, n° 295, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, pan. p. 115 ; Cass. Com., 15 mars 1994, Boulogne distribution c/ Parfums et beauté France et Cie, n° 91-13.523 : Bull. civ. IV, n° 108 ; Cass. Com., 9 juillet 1996, Conseil national des professions de l'automobile c/ Garage Gauvin, n° 94-14.723, *JCP E*, 1996, 872, *D.*, 1996, IR, p. 212.

1180 V. supra, n° 120 et s.

1181 En ce sens, v. notamment P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 376 ; D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012, n° 698.

1182 V. supra, n° 177 et s.

1183 Sur cette théorie, v. n° 543 et s.

563. En pratique, l'opposabilité du réseau est très souvent invoquée à l'encontre du tiers ayant violé l'obligation d'approvisionnement exclusif pour commercialiser à son profit les produits distribués par le réseau. La jurisprudence offre toutefois quelques exemples de cas où la stipulation d'une clause d'exclusivité sera opposée aux tiers dans une autre optique. Ainsi, il pourrait être reproché à un tiers d'avoir approvisionné un franchisé en produits concurrents alors que ce dernier était lié par une clause d'exclusivité vis-à-vis de son franchiseur¹¹⁸⁴. Cette hypothèse est à rapprocher de celle du « débauchage » des franchisés par un réseau concurrent¹¹⁸⁵.

a-2. La charge de la preuve de la licéité du réseau

564. **Présomption d'illicéité du réseau.** La majorité des débats doctrinaux portent en la matière sur la problématique de la preuve¹¹⁸⁶ : à qui incombe-t-il de prouver la licéité ou l'illicéité du réseau et de son mode de distribution ? Le tiers n'est pas nécessairement le plus à même d'éclairer le juge sur la structure juridique d'un réseau auquel il est, par hypothèse, étranger. Considérer, à l'inverse, que c'est au promoteur du réseau qu'il appartient de prouver sa licéité revient à faire peser sur ce mode de distribution une sorte de présomption d'illicéité. C'est toutefois la voie dans laquelle la jurisprudence s'est engagée, estimant que la charge de la preuve pèse sur l'initiateur du réseau, qu'il soit d'ailleurs indifféremment demandeur ou défendeur à la procédure¹¹⁸⁷. Cette preuve doit même être rapportée dans le cadre d'une instance en référé. Prive ainsi de base légale sa décision une Cour d'appel qui « *statuant en référé, condamne un vendeur non agréé pour le trouble manifestement illicite et le dommage imminent qu'il cause en mettant en vente les produits qu'un fabricant de parfum commercialisait par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective, en énonçant que le vendeur devait agir au fond s'il estimait que les contrats de distribution sélective étaient illicites, et ce sans rechercher si le fabricant à qui incombait la charge de la preuve établissait la preuve de la licéité de son réseau* »¹¹⁸⁸. On imagine cependant aisément la difficulté, pour le franchiseur, de

1184 Cass. Com., 24 novembre 2009, Prodim c/ Diapar, n° 08-21.629 : Inédit, Contrats, conc., consom., 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal, JCP E, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux, RDC, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais, Concurrences, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier : en l'espèce, le tiers échappe à toute condamnation, la Cour de cassation relevant que « *en l'absence de clause d'approvisionnement exclusif, le fait pour la société Diapar [le tiers] d'honorer les commandes de la société Volant [le franchisé] n'est pas fautif* ».

1185 V. supra, n° 484 et s.

1186 V. notamment G. Canivet et L. Vogel, « La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », *D.*, 1991, chron., p. 283 ; M. Jéol, « La protection des réseaux de distribution sélective : faut-il désespérer de la justice ? », *JCP E*, 1992, I, p. 3588 ; J.-M. Mousseron, « Le bonheur retrouvé de la distribution sélective », *RJDA*, 1993, no 1, p. 7.

1187 Cass. Com., 13 décembre 1988, Lanvin parfums c/ Rocadis Centre Leclerc, n° 87-15.521 Bull. civ. IV, n° 341, *JCP G*, 1989, IV, 61 ; Cass. Com., 31 janvier 1989, n° 86-14.511 : Bull. civ. IV, n° 45, *D.*, 1989, p. 335, note Malaurie ; Cass. Com., 7 mars 1989, *JCP G*, 1990, II, 21391, note Dorsner-Dolivet ; Cass. Com., 27 mai 1989, *RTD com.*, 1990, p. 242, note Bouloc ; Cass. Com., 27 octobre 1992, Hermès c/ Centre Leclerc Limoges Dis, n° 89-21.064 : Bull. civ. IV, n° 330, *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434.

1188 Cass. Com., 31 janvier 1989, n° 86-14.511 : Bull. civ. IV, n° 45, *D.*, 1989, p. 335, note Malaurie.

prouver – sans contestation sérieuse – la licéité de son réseau, sauf à ce qu'il ait bénéficié d'une décision individuelle d'exemption¹¹⁸⁹.

565. Examen superficiel ? Le Professeur Philippe Le Tourneau estime toutefois que les réseaux bénéficient d'un a priori favorable en ce que « *les juges se contentent à cet égard de la production de contrats-cadres de distribution* »¹¹⁹⁰. La réalité est quelque peu plus nuancée, la Cour de cassation ayant par exemple censuré une décision estimant, en matière de parfumerie, que la distribution sélective était un usage répandu et reconnu par les instances tant nationales qu'internationales¹¹⁹¹. Une telle motivation n'est nullement à même de caractériser la licéité du réseau. De même, la Cour de cassation exige que soit recherché « *au-delà des critères généraux posés par la jurisprudence pour que soit admise la licéité d'un réseau, si, compte tenu des actions concomitantes de plusieurs distributeurs, les contrats examinés, appréciés dans leur ensemble, tout d'abord au regard du réseau, ensuite au regard des autres distributeurs, remplissent les conditions* »¹¹⁹². L'exigence probatoire pesant sur la tête de réseau demeure donc conséquente, bien qu'il ne semble ni possible ni souhaitable de reproduire dans le cadre d'un litige privé le débat qui pourrait se tenir devant les instances nationales ou internationales de contrôle de la concurrence¹¹⁹³. Plus problématique encore pourrait se révéler la preuve de l'élément intentionnel, c'est-à-dire de la connaissance qu'avait le tiers de ladite obligation d'exclusivité.

b. La connaissance de l'exclusivité par le tiers

566. On imagine aisément les difficultés que pourrait générer une telle condition, appliquée littéralement ou avec rigueur. Comment le franchiseur pourrait-il être à même de sonder l'âme d'un tiers, avec lequel il n'a généralement eu aucun contact et se ménager la preuve que ce dernier connaissait, au moment où il a acheté les marchandises litigieuses, l'obligation d'exclusivité de ses franchisés. L'abondante jurisprudence concernant la violation du pacte de préférence a largement démontré l'ardeur

1189 V. en ce sens G. Canivet et L. Vogel, « La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », *D.*, 1991, chron., p. 283.

1190 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 245.

1191 Cass. Com., 31 janvier 1989, n° 86-14.511 : Bull. civ. IV, n° 45, *D.*, 1989, p. 335, note Malaurie.

1192 Cass. Com., 13 décembre 1988, Lanvin parfums c/ Rocadis Centre Leclerc, n° 87-15.521 Bull. civ. IV, n° 341, *JCP G*, 1989, IV, 61.

1193 Il faut toutefois remarquer le souci de cohérence de la Cour de cassation qui, en pareille matière, se réfère aussi souvent que possible aux décisions – notamment européennes – rendues en matière d'ententes. V. par exemple Cass. Com., 27 octobre 1992, Hermès c/ Centre Leclerc Limoges Dis, n° 89-21.064 : Bull. civ. IV, n° 330, *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434 : « *les juges du fond ont à bon droit décidé qu'un réseau de distribution sélective était licite, après avoir relevé qu'il résultait des contrats passés entre le fabricant et ses distributeurs agréés que ceux-ci ne pouvaient vendre les produits qu'à des consommateurs directs ou à d'autres distributeurs agréés des États membres de la Communauté économique européenne, retient que les prix de vente restaient libres, que les membres du réseau étaient choisis en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, que le marché européen des produits en cause était soumis à une vive concurrence entre marques* ».

A l'inverse, prenant en compte les amendes prononcées à ce titre contre le réseau, v. Cass. Com., 31 janvier 1989, n° 86-14.511 : Bull. civ. IV, n° 45, *D.*, 1989, p. 335, note Malaurie.

d'une telle tâche¹¹⁹⁴. De façon pragmatique, la jurisprudence a adopté ici une position intermédiaire, faisant peser sur le distributeur la charge de la preuve de la licéité de son approvisionnement (**b-1**), quoique limitant dans le même temps la portée de cette solution (**b-2**).

b-1. Une quasi-présomption de mauvaise foi pesant sur le tiers

567. Absence de droit au silence. Aussi, et afin de ne pas réduire à néant l'opposabilité du réseau, la jurisprudence a été contrainte de « *tempér[er] cette rigueur par le biais de la preuve, établissant ainsi un de ces compromis qu'impose la vie en société* »¹¹⁹⁵. La charge de la preuve d'un approvisionnement licite est ainsi, au moins partiellement, renversée puisque c'est au revendeur qu'il appartient de prouver qu'il s'est licitement fourni¹¹⁹⁶. Cette solution a été inaugurée, en 1992, à propos de la distribution des parfums de luxe. Elle est en tout point transposable au franchisage de distribution, notamment de produits à forte valeur ajoutée. L'apport principal des arrêts de 1992 est de permettre aux juges du fonds de déduire l'illicéité de l'approvisionnement du silence gardé par le tiers¹¹⁹⁷.

568. Comportement suspect. Là encore, la position de la jurisprudence témoigne d'un compromis. On peut facilement imaginer que celui qui ne révèle pas sa source d'approvisionnement doit, au sens littéral de l'expression, avoir quelque chose à cacher. Il ne semble donc pas illégitime de déduire de ce silence sa connaissance de l'exclusivité ainsi violée. En revanche, établir que l'approvisionnement s'est fait auprès d'un affilié engagé dans une clause d'exclusivité n'implique pas – en toute rigueur – la connaissance de cette clause par le tiers. Certes, si le droit postule parfois la naïveté du consommateur, le commerçant est pour sa part réputé plus averti : il paraît difficile de plaider que c'est par le pur fruit du hasard qu'un tiers en est venu à revendre des produits soumis à une distribution exclusive. Certains auteurs suggèrent par ailleurs que « *le simple fait de s'adresser à un distributeur sélectionné plutôt qu'au promoteur du réseau fait douter de la bonne foi du tiers, tant il paraît plus naturel de s'approvisionner directement auprès du fournisseur plutôt que d'un simple revendeur* »¹¹⁹⁸.

1194 V. notamment Cass. Mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495, *RTD Civ.*, 2007, n° 2, p. 366, note Gautier.

1195 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 250.

1196 Notamment Cass. Com., 27 octobre 1992, Leclerc c/ Rochas, n° 90-18.944, *JurisData* n° 1992-002286 : Inédit, *D.*, 1992, jurispr. p. 507, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434 ; Cass. Com., 15 mars 1994, Boulogne distribution c/ Parfums et beauté France et Cie, n° 91-13.523 : *Bull. civ. IV*, n° 108 ; Cass. Com., 26 janvier 1999, Sté Automobiles Jean-Yves Berthier c/ Sté Armorique autos, n° 97-10.964, *JurisData* n° 1999-000319, *JCP E*, 1999, pan., p. 248, *RLDA*, 1999, n° 114, note Storrer, *D.*, 1999, p. 241, note Omarjee ; Cass. Com., 4 décembre 2001, Volkswagen c/ Espace Import International, n° 99-10.909, *Cont. conc. consom.*, 2002, n° 60, obs. Malaurie-Vignal.

1197 « *Le caractère frauduleux [de l'approvisionnement] est révélé par le refus de justifier leur provenance* » (Cass. Com., 27 octobre 1992, Leclerc c/ Rochas, n° 90-18.944, *JurisData* n° 1992-002286 : Inédit, *D.*, 1992, jurispr. p. 507, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434)

1198 N. Ferrier et L. Sautonie-Laguionie, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », *RTD civ.*, 2011, no 2, p. 225, n° 13

569. À dire vrai, tout se passe le plus souvent comme si l'on présumait la connaissance par le tiers de l'obligation d'exclusivité pesant sur les membres du réseau, ou que cette connaissance s'inférait naturellement de son approvisionnement illicite. En toute rigueur, cette souplesse peut choquer. Comme le fait remarquer Monsieur Duclos, « *les tiers, par définition, se situent en dehors des événements juridiques opposables, ils risquent d'ignorer leur existence au moment d'agir. Aussi, conçoit-on aisément que la mise en œuvre de l'opposabilité soit généralement subordonnée au moins à leur connaissance possible par le tiers* »¹¹⁹⁹. Il existe bien des hypothèses, relativement marginales, où l'obligation d'exclusivité aura été notifiée au tiers¹²⁰⁰, éludant ainsi le problème. Parfois, la jurisprudence estime que la notoriété du réseau est telle que la charge de la preuve peut être renversée et la connaissance de ce dernier par le tiers présumée¹²⁰¹. Si la démarche est intéressante et fort pragmatique, elle présente néanmoins l'inconvénient d'être relativement casuistique et subjective.

570. **Vers une publicité du réseau.** Peut-être y aurait-il avantage à dépasser le problème en recourant à une présomption irréfragable de connaissance, de l'ordre de la fiction juridique¹²⁰². Le droit n'y est pas hostile : l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », le système de publicité foncière ou encore l'inscription des sociétés au registre du commerce ne sont que des procédés permettant de réputer certains actes ou faits connus et opposables à tous. Il ne paraîtrait pas incongru que la constitution d'un réseau de distribution fasse l'objet d'une telle déclaration et inscription, laquelle pourrait être accompagnée d'une publicité légale, rappelant les caractéristiques principales du système de distribution mis en place (type de contrats souscrits par les affiliés, caractéristiques principales, présence d'une éventuelle exclusivité...). Cette publicité pourrait aisément être effectuée par le biais du Registre du commerce et des sociétés, qui comporte déjà l'indication de l'enseigne à laquelle exercent les commerçants. On pourrait même imaginer que cette mention au Registre du commerce et des sociétés soit précédée d'une insertion dans un journal d'annonces légales, à l'instar de ce qui se pratique en droit des sociétés. Il y aurait là un premier pas vers la dotation du réseau d'une véritable personnalité morale, que d'aucuns appellent de leurs vœux¹²⁰³.

1199 J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, L.G.D.J., 1983, n° 9.

1200 Cass. Com., 21 février 1978, Universal c/ Mitsubishi, n° 76-12.716 : Bull. civ. IV, n° 73.

1201 V. Cass. Com., 16 mars 1965, Comptoir Typesales c/ Omnium national de contrôle, n° 60-13.486 : Bull. civ. III, n° 199 ou C.A. Paris, 18 avril 2008, SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific Création, n° 07/04360, cité par N. Ferrier et L. Sautonie-Laguionie, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », RTD civ., 2011, n° 2, p. 225

1202 V. notamment G. Wicker, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., 1998.

1203 V. par exemple D. Ferrier, « La considération juridique du réseau », in Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998 : deux propositions de loi ont été déposées en ce sens, la première suggérant que tout réseau de plus de dix adhérents soit obligatoirement organisé par le biais d'un GIE regroupant tous les intermédiaires (proposition Glon et Cousté, n° 891 du 20 décembre 1973, art. 10), la seconde que « *les rapports contractuels entre chaque distributeur et le fournisseur doivent s'élaborer par l'intermédiaire du réseau qui sera doté d'une personnalité morale propre* » (proposition Turco, n° 979 du 30 mai 1974, art. 3).

b-2. La charge de la preuve limitée à un niveau d'approvisionnement

571. Maillon par maillon. S'il appartient au revendeur parallèle de prouver qu'il s'est fourni licitement, la jurisprudence n'exige pas une telle preuve pour l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement¹²⁰⁴. La Cour de cassation estime que le revendeur « ne saurait être tenu, aucune présomption d'approvisionnement illicite ne pouvant lui être opposée, de rapporter la preuve de l'acquisition régulière des [produits] litigieux par le vendeur auquel il s'est adressé, cette recherche incombant aux concessionnaires ou aux fabricants »¹²⁰⁵. Bien évidemment, la limite d'un tel raisonnement tient à ce qu'il suffirait ainsi d'interposer une société-écran entre l'affilié et le revendeur pour faire échec à toute poursuite. Le revendeur étant néanmoins tenu de révéler sa source d'approvisionnement, il sera loisible à la tête de réseau de remonter – maillon par maillon – la chaîne de distribution parallèle. Plus encore, la Cour de cassation se montre relativement compréhensive et s'est donné l'occasion de sanctionner de tels montages de façade dès 1992¹²⁰⁶.

572. Cette position nous paraît en outre cohérente avec l'idée selon laquelle l'opposabilité d'un contrat ne peut procéder que de normes spécifiques, le principe demeurant l'inopposabilité¹²⁰⁷. Si la revente hors réseau est sanctionnée, ce n'est que dans la mesure où le revendeur a commis une faute : en l'espèce, la faute n'est autre que d'avoir sciemment incité quelqu'un à renier ses engagements contractuels, autrement dit de l'avoir poussé à violer la loi dans la mesure où celle-ci commande de respecter ses promesses. Par où l'on rejoint l'idée selon laquelle opposabilité et force obligatoire du contrat sont indissociablement liées¹²⁰⁸. Accréditant encore l'idée selon laquelle le réseau n'est pas en tant que tel opposable, la Cour de cassation admet la sanction de la revente parallèle dans des « circonstances particulières » qui constituent – tout comme la complicité de violation d'une obligation contractuelle – autant de fautes délictuelles particulières.

1204 Cass. Com., 19 octobre 1999, Le brasseur c/ Garage Sorin, n° 97-16.506, *D.*, 2000, p. 341, note Mauger-Vielpeau, *Cont. conc. consom.*, 2000, n° 1, p. 15, note Malaurie-Vignal, *LPA*, 2000, n° 131, note Mathey ; Cass. Com., 25 avril 2001, Conseil national des professions de l'automobile c/ Garage Gauvin, n° 98-21.559, *JCP E*, 2001, p. 1099, note Fourgoux, *D.*, 2000, p. 1946, obs. Chevrier, *Cont. conc. consom.*, 2001, n° 7, p. 19, note Malaurie-Vignal, *JCP G*, 2002, n° 12, p. 546, note Viney.

1205 Cass. Com., 25 avril 2001, Conseil national des professions de l'automobile c/ Garage Gauvin, n° 98-21.559, *JCP E*, 2001, p. 1099, note Fourgoux, *D.*, 2000, p. 1946, obs. Chevrier, *Cont. conc. consom.*, 2001, n° 7, p. 19, note Malaurie-Vignal, *JCP G*, 2002, n° 12, p. 546, note Viney.

1206 Cass. Com., 27 octobre 1992, Ets Goguet c/ Parfums Christian Dior, n° 90-18.943 : Bull. civ., IV, n° 332, *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434 : « la société coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc a offert, dans plusieurs pays étrangers, d'acheter des parfums de la société Dior en s'adressant à des distributeurs agréés, que la société Beckklogde, qui était de façade, avait acquis ces parfums à un ou plusieurs distributeurs agréés et les avait revendus à la Société d'importation pétrolière Leclerc, qui les avait cédés à la société Goguet, laquelle était étroitement liée au groupe Leclerc ; que la cour d'appel a pu décider que la société Goguet, en s'approvisionnant ainsi, avait commis une faute ».

1207 Sur cette conception, v. n° 557.

1208 V. supra, n° 555 et s.

2. *La faute née de circonstances particulières constitutives de concurrence déloyale*

573. Au-delà de l'approvisionnement, ce sont souvent les circonstances qui entourent la revente qui seront fustigées par le promoteur du réseau. La jurisprudence accepte de considérer que ces circonstances peuvent révéler une faute du tiers, justifiant sa condamnation au titre de la concurrence déloyale (a). D'autres décisions semblent toutefois considérer que la revente hors réseau cause, en tant que telle, inévitablement un préjudice au réseau (b).

a. *La faute délibérée du tiers*

574. Il est, bien évidemment, quelques arrêts où la faute du tiers ne pose pas de grandes difficultés à être identifiée, voire se combine avec une qualification pénale. Il en va ainsi du tiers « malotru » pour reprendre les termes du Professeur Philippe Le Tourneau¹²⁰⁹. Il conviendra toutefois dans la plupart des cas de développer davantage d'imagination pour trouver un grief propre à justifier la condamnation du tiers. Il paraît possible d'esquisser une typologie des comportements pouvant être ainsi reprochés.

575. **Mention sur les produits ou les emballages.** Le plus courant consiste en l'usurpation de la qualité de membre du réseau. En effet, les distributeurs de produits soumis à une exclusivité prennent désormais souvent la précaution de faire figurer sur le conditionnement de ces marchandises une mention indiquant qu'elles ne peuvent être vendues que par des distributeurs agréés. Deux solutions s'offrent alors au franchisé. Qu'il conserve cette inscription et il lui sera fait grief d'entretenir, aux yeux de sa clientèle, une confusion avec une qualité qu'il ne possède pas. La faute justifiant l'action en concurrence déloyale – sans doute pour confusion dirait Roubier¹²¹⁰ – est alors tout établie¹²¹¹. Qu'il choisisse au contraire de faire disparaître cette mention, en la caviardant ou par tout autre procédé de destruction matérielle, et il lui sera reproché d'avoir porté ainsi atteinte à l'image de marque du produit par une dégradation du conditionnement de ce dernier¹²¹². On pourrait s'émouvoir de cette tendance quelque peu régressive de notre droit par laquelle un droit immatériel n'est finalement protégé que par des procédés relativement primaires d'inscription, de gravure ou d'étiquetage¹²¹³. Au reste, la jurisprudence n'est pas parfaitement constante, une décision

1209 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 246.

1210 P. Roubier, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD com.*, 1948, p. 541.

1211 V. par exemple Cass. Com., 9 avril 1996, Sté Angoulême Distribution c/ Sté des Parfums Christian Dior, n° 94-12.043, JurisData n° 1996-001615, *D.*, 1997, somm. p. 26, obs. Mazeaud ou encore Cass. Com., 23 février 1993, Berry distribution centre Leclerc c/ Parfums Givenchy, n° 89-19.371 et 89-20.794, *JCP G*, 1993, IV, n° 1071, p. 124, *JCP E*, 1993, pan. n° 525, p. 166, *Gaz. Pal.*, 1993, 2, pan. jurispr., p. 182.

1212 En ce sens, Cass. Com., 19 mai 1998, Chanel c/ Capitolina Profumi et autres, n° 96-16.042, JurisData n° 1998-002054 ; Bull. Civ., IV, n° 157, *JCP E*, 1998, pan. 1193.

1213 On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec le droit des sûretés où l'apposition de plaques et autres écriteaux sur les biens gagés a finalement laissé place à un système d'enregistrement.

relativement ancienne de la Cour de cassation ayant pu estimer qu'il n'y avait aucune faute de la part du tiers à supprimer une mention qui n'était pas de son fait¹²¹⁴.

576. Problèmes de garantie. Dans le même ordre d'idée, il a pu être fait grief au revendeur hors réseau de tromper la clientèle quant à la garantie des produits. La jurisprudence décide ainsi que « *dès lors que seule la garantie internationale octroyée par le fabricant est réservée aux membres du réseau de distribution et ne peut être accordée aux clients qu'avec leur concours, commet une faute le détaillant étranger à ce réseau qui remet aux acheteurs des bons faisant état de cette garantie* »¹²¹⁵. Revendre les mêmes produits sans remettre lesdits bons de garantie aurait probablement constitué une atteinte à l'image de la marque et du réseau, ajoutera-t-on avec un brin de cynisme. De même, une politique de prix particulièrement agressive et ciblée à l'encontre du réseau¹²¹⁶ peut se révéler fautive, de même que lorsque les produits ne sont utilisés que comme « *marque d'appel* »¹²¹⁷. Par ailleurs, la présentation des produits et leur mode de commercialisation – dont on sait qu'ils sont souvent l'essence même du franchisage de distribution – peuvent être reprochés au revendeur hors réseau qui s'affranchirait ainsi des normes et du savoir-faire imposés aux revendeurs agréés¹²¹⁸. De là à estimer que la faute s'infère de façon quasi automatique de la revente hors réseau, il n'y a qu'un pas que la jurisprudence a parfois franchi.

b. La faute s'inférant de la revente parallèle ?

577. Automaticité de la faute ? Pour que le réseau de distribution sélective et la clause d'exclusivité qui l'accompagne soient licites, il convient que ces mécanismes aient un intérêt réel, c'est-à-dire que l'image du produit ou ses caractéristiques soient telles qu'il est important que son fabricant puisse restreindre sa commercialisation à des entreprises choisies sur des critères objectifs. Dès lors, tout système de distribution sélective légal est, par hypothèse justifié et considéré comme économiquement ou socialement utile. Par hypothèse également, le distributeur hors réseau va

1214 La décision est toutefois antérieure aux arrêts du 27 octobre 1992 et ne nous paraît donc plus nécessairement d'actualité : Cass. Com., 18 décembre 1990, S.A. Angdis c/ S.A. des parfums Dior, n° 89-12.921, JurisData n° 1990-003682 : Inédit.

1215 Cass. Com., 18 octobre 1994, Time and Diamonds et autres c/ Monting, n° 92-21.187 et 93-10.219, JurisData n° 1994-002027, D., 1995, somm. p. 261, obs. Serra, *JCP G*, 1995, I, 3853, obs. Viney, D., 1996, jurispr. p. 311, note Krimmer.

1216 Cass. Com., 21 juin 1994, Sté Sorolec c/ Sté Natalys, n° 92-12.584, JurisData n° 1994-001282, *JCP E*, 1995, n° 51, p. 31, note Tardieu-Guigues.

1217 Cass. Com., 23 février 1993, Berry distribution centre Leclerc c/ Parfums Givenchy, n° 89-19.371 et 89-20.794, *JCP G*, 1993, IV, n° 1071, p. 124, *JCP E*, 1993, pan. n° 525, p. 166, *Gaz. Pal.*, 1993, 2, pan. jurispr., p. 182.

1218 C'est le cas lorsque des « *produits d'une certaine notoriété [...] sont vendus parmi des articles de pacotille dans des magasins dont le personnel n'a pas les connaissances et la compétence nécessaire* » (Cass. Com., 18 octobre 1994, Time and Diamonds et autres c/ Monting, n° 92-21.187 et 93-10.219, JurisData n° 1994-002027, D., 1995, somm. p. 261, obs. Serra, *JCP G*, 1995, I, 3853, obs. Viney, D., 1996, jurispr. p. 311, note Krimmer).

C'est encore le cas de celui qui écoule les marchandises soumis à une distribution sélective par le biais d'une loterie (C.A. Paris, 18 novembre 1993, *RJDA*, 1994, n° 11, n° 1130.).

s'affranchir de ces contraintes pour revendre les produits dans un cadre qui n'est pas celui imposé par la tête de réseau. Peut-on ainsi déduire et juger que la simple commercialisation des produits hors réseau est une faute, ceux-ci étant distribués dans des conditions – par nature – inappropriées ? Peut-on encore estimer que, ce faisant, le tiers adopte un comportement de parasite qu'il conviendrait de sanctionner au titre de l'action éponyme ?

578. Affranchissement des contraintes habituelles. Certaines décisions de la Cour de cassation peuvent le laisser penser. Les Hauts magistrats ont ainsi pu fustiger l'attitude d'une entreprise commercialisant des produits soumis à exclusivité « *sans être soumise aux contraintes habituelles des distributeurs agréés* »¹²¹⁹ et bénéficiant « *en outre, de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation* »¹²²⁰. S'agissant du réseau de franchise de prêt-à-porter Timberland, la Cour d'appel d'Angers relève ainsi à l'égard d'un distributeur parallèle que « *la vente par cette société des produits marqués sans être soumise aux contraintes des distributeurs agréés de la société Timberland, ni satisfaire aux critères de sélection qualitative définis par elle seule, maître de l'image de marque à donner au public, est constitutif de concurrence déloyale ; que la société JSJ [le revendeur parallèle] a ainsi bénéficié des investissements commerciaux et publicitaires du réseau sans en supporter les charges et profité des retombées favorables de la marque sans contrepartie* »¹²²¹.

579. Pour les plus fervents partisans de la théorie d'Yves Saint-Gal, « *cet assouplissement consacre la théorie de la concurrence parasitaire et il permet de maintenir ou de renforcer la cohésion, l'homogénéité et la force des divers réseaux* »¹²²². Le profit illégitime¹²²³ serait donc en lui-même source de responsabilité, y compris dans le cadre d'un approvisionnement régulier. Si elle devait être généralisée, une telle solution aboutirait nécessairement à l'interdiction *per se* de la revente parallèle. Le débat serait ainsi déplacé sur le terrain du préjudice, celui-ci dépendant fortement des « investissements commerciaux et publicitaires du réseau » dont aurait indûment profité le tiers. On en revient in fine à la question de la légitimité de la distribution sélective, savoir si celle-ci a pour but de cloisonner artificiellement le marché ou vise au contraire à protéger une marque et une identité fortes.

1219 Cass. Com., 27 octobre 1992, Leclerc *c/* Rochas, n° 90-18.944, JurisData n° 1992-002286 : Inédit, D., 1992, jurispr. p. 507, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434.

1220 Ibid.

1221 C.A. Angers, 9 mars 2004, JSJ3 *c/* The Timberland Company, JurisData n° 2004-243673. La décision considère toutefois ces agissements comme des actes de concurrence déloyale, sans se référer directement à la notion de parasitisme.

1222 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 246.

1223 M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999, n° 1369.

B. La protection du réseau par le droit des pratiques restrictives de concurrence

580. Le tentaculaire article L. 442-6 du Code de commerce comporte un 6^o¹²²⁴ permettant d'engager la responsabilité de tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers s'il participe « *directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence* ». La proximité de cette règle, introduite par la loi Galland, avec celle découlant du droit commun tel qu'il a précédemment été exposé doit être soulignée. Cette proximité découle aussi bien des conditions de mise en œuvre de la responsabilité – la faute consistant dans les deux cas à la complicité dans la violation d'une obligation d'approvisionnement exclusif – que de la nature de cette responsabilité – l'article L. 442-6, 6^o n'instaurant rien d'autre qu'un délit civil particulier.

581. **Texte inutile ?** À y regarder de plus près, l'action au titre de la concurrence déloyale ou plus largement fondée sur l'article 1382 n'est pas en tout point similaire à celle instaurée par l'article L. 442-6, 6^o. Elle en diffère d'abord par les personnes susceptibles de la mettre en œuvre, l'article L. 442-6 offrant cette possibilité au parquet et au ministre de l'Économie. Elle diffère en outre, sur le plan procédural, en matière de compétence territoriale, l'article D. 442-3 du Code de commerce fixant les huit tribunaux de commerce habilités à connaître des actions fondées sur l'article L. 442-6. Le texte introduit par ailleurs quelques subtiles nuances par rapport à la construction prétorienne, dont il est difficile de savoir si elles résultent d'une volonté délibérée du législateur ou de simples approximations de plume¹²²⁵. La Cour de cassation semble toutefois prompte à ne pas procéder à d'inutiles distinctions : la Haute juridiction « *assimile l'action de l'article L. 442-6, I, 6^o du Code de commerce à une action en concurrence déloyale et lui applique le même régime* »¹²²⁶. En vérité, au vu des complications procédurales qu'implique le texte, la pratique semble délaissé formellement le visa de l'article L. 442-6, I, 6^o pour lui préférer l'« impérial »¹²²⁷ article 1382. Ainsi, dans une étude consacrée à l'article L. 442-6, procédant au dépouillage de 139 décisions rendues sur ce visa entre décembre 2002 et mars 2006, Madame le Professeur Marie Malaurie-

1224 Il s'agissait initialement du 5^o.

1225 Le texte vise ainsi les accords de distribution « exemptés », ce qui semble plus restrictif que la condition prétorienne de licéité du réseau. De même, on pourrait s'interroger sur la portée de la formule « participer directement ou indirectement », qui ne retranscrit pas avec une fidélité extrême la notion de tierce complicité consacrée par la jurisprudence.

1226 G. Decocq et A. Ballot-Léna, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 2011, 1135, n^o 43.

1227 Pour reprendre la formule d'Henri Mazeaud, qui évoquait l'impérialisme de cette disposition et déplorait dès 1935 le fait qu'« *auteurs et tribunaux prennent de plus en plus l'habitude, – certes commode – de tout résoudre par l'application des articles 1382 et suivants [...]; on constate un préjudice, une faute et l'on accorde au demandeur des dommages-intérêts. Ainsi, non seulement la responsabilité civile devient « le centre du droit », mais elle est en train d'absorber le droit tout entier* » (H. Mazeaud, « L'absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.*, 1935, no 3, p. 5).

Vignal ne recense que trois décisions ayant pour objet la revente hors réseau¹²²⁸. L'auteur voit là une forme de « *sagesse des tribunaux et des conseils juridiques qui délaissent un texte inutile* »¹²²⁹, quitte à sacrifier la règle « *specialia generalibus derogant* ». L'assimilation est particulièrement forte sous la plume de certains magistrats qui, statuant « *sur les actes de concurrence déloyale* », n'hésitent pas à viser exclusivement l'article L. 442-6, I, 6^o¹²³⁰. On pourrait y voir un premier pas en direction de l'assimilation de l'action en concurrence déloyale à une pratique restrictive de concurrence, solution dont d'aucuns réclament la consécration législative¹²³¹.

C. La protection du réseau par le droit des marques

582. Théorie de l'épuisement du droit sur la marque. L'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle¹²³² dote le titulaire d'une marque d'importantes prérogatives qui pourraient, dans une certaine mesure, assurer l'opposabilité d'un réseau de distribution. Le propriétaire d'une marque a, en principe, la faculté d'en contrôler la distribution ; l'usage frauduleux de la marque d'autrui n'impliquant aucune reproduction illicite préalable¹²³³. Le secours apporté aux réseaux par le droit de la propriété intellectuelle est cependant relativement modeste, dans la mesure où la théorie de l'épuisement du droit sur la marque vient largement diminuer la portée de l'article L. 716-9. En effet, dès 1974, la CJCE affirmait en effet que « *l'exercice, par le titulaire d'une marque, du droit que lui confère la législation d'un État membre d'interdire la commercialisation, dans cet État, d'un produit commercialisé dans un autre État membre sous cette marque par ce titulaire ou avec son consentement serait incompatible avec les règles du Traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun* »¹²³⁴. La solution a depuis été reprise par l'article 7§1 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988, lequel dispose que « *le droit conféré par la marque ne permet pas à son*

1228 M. Malaurie-Vignal, « L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? », *Contrats, conc. consom.*, 2006, no 6, étude 10, n° 2.

1229 Ibid., n° 5.

1230 C.A. Paris, 24 octobre 2008, Sté maismoinscher.com c/ Sté Yamaha Corporation, n° 07/07074 : Inédit

1231 Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 359 et s.

1232 « *Est puni de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende le fait pour toute personne, en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite : a) D'importer, d'exporter, de réexporter ou de transborder des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; b) De produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; c) De donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes visés aux a et b. Lorsque les délits prévus au présent article ont été commis en bande organisée ou sur un réseau de communication au public en ligne ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende.* »

1233 En ce sens, P. Le Tourneau, « Concessions - Distribution, circuits et réseaux de distribution - Inventaire des diverses concessions - Fondement et protection des réseaux de distribution », Fascicule n° 1010, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2010, n° 158

1234 CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm c/ Winthrop, n° 16/74 : *Rec. CJCE* 1974, p. 1183.

titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement »¹²³⁵ et est en outre consacrée par le droit interne¹²³⁶. Les droits du titulaire de la marque doivent en effet être conciliés avec le principe de libre circulation des marchandises¹²³⁷. La théorie s'inspire de la jurisprudence allemande du XIX^e siècle, confrontée à une difficulté similaire au sein des divers États constituant l'empire allemand¹²³⁸. Si la théorie de l'épuisement du droit sur la marque est un frein indéniable à l'opposabilité du réseau (1), le droit positif admet toutefois certains tempéraments qui permettent, à la marge, la sanction du distributeur parallèle (2).

1. L'épuisement du droit sur la marque, obstacle à l'opposabilité du réseau

583. Consentement du franchiseur. Le droit sur la marque est épuisé par la mise sur le marché avec le consentement du titulaire. Il faut dès lors se demander si la vente par un distributeur agréé à un revendeur parallèle constitue bien une mise sur le marché à laquelle le franchiseur a donné son consentement. Très tôt, la CJCE a considéré que l'épuisement pouvait résulter de la mise sur le marché par un licencié, par des sociétés appartenant au même groupe, ou entretenant des liens juridiques et économiques étroits¹²³⁹. Aussi, la commercialisation par le franchisé des produits du franchiseur manifeste, au regard du droit sur la marque, le consentement de ce dernier à la mise sur le marché – consentement qu'il a exprimé *ab initio* par la signature du contrat de franchise.

584. Refus des restrictions au consentement. Qu'en est-il cependant lorsque ledit contrat contient des restrictions (telles que l'interdiction de vente à un grossiste ou l'obligation pour le franchisé de ne vendre les produits qu'à des consommateurs finaux) ? La mise sur le marché réalisée par le distributeur en violation de ces restrictions est-elle encore réalisée avec le consentement du titulaire des droits sur la marque ? La question a été posée à la CJCE dans l'affaire Peak Holding¹²⁴⁰ : cette société avait reçu en retour de ses distributeurs un stock de vêtements invendus, qu'elle avait cédé à la société COPAD, faisant obligation à cette dernière de ne revendre ces produits que majoritairement hors de l'espace économique européen et uniquement en France pour le reste. En réalité, les produits étaient revendus notamment en Suède. Se posait alors la question de savoir si l'épuisement du droit sur la marque pouvait être opposé

1235 La solution est encore reprise par l'article 13 du règlement 40/94 du 20 décembre 1993 concernant la marque communautaire. Le paragraphe 1^{er} de ce texte dispose « *le droit conféré par la marque communautaire ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement* ».

1236 Article L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle.

1237 V. R. Kovar et J. Larrieu, « Marque », in *Rép. communautaire Dalloz*, 2012, n° 239 et s.

1238 Ibid.

1239 CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm c/ Winthrop, n° 16/74 : *Rec. CJCE* 1974, p. 1183.

1240 CJCE, 30 novembre 2004, Peak Holding, n° C-16/03 : *Rec. CJCE*, p. 11313, *RTD com.*, 2005, p. 74, obs. Azéma.

à Peak Holding par les distributeurs parallèles suédois. Peak Holding soutenait que son consentement à la mise sur le marché était assorti de restrictions : l'épuisement n'avait donc pas pu se réaliser pour les lots vendus par COPAD en violation de ces restrictions. La position de la Cour, saisie sur question préjudicielle est tout autre : « *la directive ne subordonne pas [...] l'épuisement du droit conféré par la marque à un consentement du titulaire à une commercialisation ultérieure des produits dans l'EEE. L'épuisement se produit par le seul effet de la mise dans le commerce dans l'EEE par le titulaire. La stipulation éventuelle, dans l'acte de vente opérant première mise dans le commerce dans l'EEE, de restrictions territoriales au droit de revente des produits concerne les seuls rapports des parties à cet acte. Elle ne saurait faire obstacle à l'épuisement prévu par la directive* »¹²⁴¹. On aurait pu penser que la libre circulation des marchandises avait ainsi eu raison de l'opposabilité des réseaux aux distributeurs parallèles. C'était sans compter sur les tempéraments apportés par la jurisprudence à cette position de principe.

2. La sanction du distributeur parallèle en présence de motifs légitimes

585. L'épuisement n'est donc pas mis en échec par la stipulation de restrictions à la mise sur le marché – ni la violation de ces restrictions. La Cour de justice admet toutefois que, dans certaines circonstances spécifiques, le titulaire de la marque soit autorisé à s'opposer à la commercialisation de celle-ci par des tiers au réseau, à supposer qu'il justifie de « motifs légitimes ». Cette position a été précisée par un arrêt du 4 novembre 1997, dans une affaire concernant, comme souvent en matière de distribution sélective, la parfumerie de luxe. La CJCE affirme dans cette affaire qu'« *il convient en effet de mettre en balance l'intérêt légitime du titulaire de la marque à être protégé contre les revendeurs employant sa marque à des fins de publicité d'une manière qui pourrait porter atteinte à la renommée de la marque et celui du revendeur à pouvoir revendre les produits en question en utilisant les modes de publicité qui sont usuels dans son secteur d'activité* »¹²⁴². La CJCE estime en effet que la fonction de la marque est de « *garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit marqué en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance* »¹²⁴³. Toute utilisation de la marque qui ferait obstacle à cette fonction première doit ainsi pouvoir être prohibée. Cette règle est reprise en droit interne par l'article L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose qu'en dépit de l'épuisement du droit sur la marque, « *faculté reste alors ouverte au propriétaire de s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits* ».

1241 Ibid.

1242 CJCE, 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior c/ Evora BV, n° C-337/95 : Rec. CJCE 1997, I, p. 6013, *Contrats, conc. consom.*, 1998, comm. 7, note Vogel, *JCP E*, 1998, pan. p. 100, note Vilmart et de Montblanc, *JCP E*, 1998, I, 986, n° 24, obs. Gavalda et Parléani, *RTD eur.*, 1998, p. 595, obs. Bonet.

La solution avait déjà été amorcée par l'arrêt CJCE, 22 juin 1976, Terrapin c/ Terranova, n° 119/75 : Rec. CJCE 1976, p. 1039, *RTDE*, 1981, p. 137, obs. Bonet

1243 CJCE, 17 octobre 1990, Hag II, n° C-10/89 : Rec. CJCE 1990, I, p. 3711, *RTDE*, 1991, p. 639, obs. Bonet.

586. Motifs légitimes et circonstances fautives. On est alors en droit de s'interroger : la notion de motifs légitimes ne revient-elle pas, finalement, à calquer la solution retenue par le droit des marques sur celle à laquelle aboutit l'action en concurrence déloyale ? N'y a-t-il pas identité entre les « circonstances particulières » permettant de retenir une faute délictuelle du distributeur parallèle¹²⁴⁴ et les « motifs légitimes » permettant au titulaire de la marque de s'opposer à la commercialisation de ses produits par ce même distributeur ? La construction empirique des deux notions interdit une telle généralisation et systématisation. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Rennes adopte un raisonnement singulier et quelque peu surprenant. Confrontées à la campagne publicitaire d'un distributeur parallèle de parfums, les juges rennais estiment que « *la campagne publicitaire, réalisée à l'aide de procédés normaux, était destinée à promouvoir la vente de produits authentiques régulièrement acquis* »¹²⁴⁵, concluant que le titulaire de la marque ne disposait donc d'aucun motif légitime pour s'y opposer. À l'inverse, sur le terrain de la concurrence déloyale, et pour les mêmes faits, l'arrêt estime que « *la rupture de [la communication mondiale uniforme du réseau de distribution] est en soi préjudiciable et doit donner lieu à réparation* »¹²⁴⁶. On comprend mal comment ce qui est « en soi préjudiciable » à la marque ne constitue pas un motif légitime pour s'opposer à son utilisation... Hormis cet arrêt d'espèce, il faut cependant constater que – fort heureusement – l'utilisation faite par les juges du fond de leur pouvoir d'appréciation aboutit à considérablement rapprocher les deux fondements¹²⁴⁷.

587. Motif légitime automatique ? Plus délicate est la question de savoir si l'existence d'un réseau de distribution conforme au droit de la concurrence ne peut pas, *per se*, constituer un motif légitime permettant de s'opposer à l'épuisement du droit de marque. Pour les spécialistes et praticiens du droit des marques, la réponse à cette question est « plutôt incertaine »¹²⁴⁸, la chambre criminelle semblant opposée à une telle approche¹²⁴⁹ tandis que la chambre commerciale y serait plus favorable¹²⁵⁰. La chambre commerciale semble toutefois avoir fait un pas en arrière par un arrêt remarqué du 23 mars 2010, estimant que « *l'usage illicite de marques ne peut résulter du seul fait de commercialiser des produits authentiques relevant d'un réseau de distribution sélective dès lors qu'il est constaté que leur première mise en circulation en France*

1244 Pour une typologie de ce que peuvent être ces circonstances, v. n° 573 et s.

1245 C.A. Rennes, 20 janvier 2009, SAS Hugo Boss France c/ SAS Espace masculin, JurisData n° 2009-009211.

1246 Ibid.

1247 Pour une typologie exhaustive des situations susceptibles de constituer des « motifs légitimes », v. notamment J. Canlorbe, « Contrefaçon de marque - Usage illicite de marque », Fascicule n° 7513, in *J.-Cl. Marques - Dessins et modèles*, 2010, n° 114 et s.

1248 Ibid., n° 125.

1249 Cass. Crim., 16 juin 1993, n° 89-86.396, JurisData n° 1993-004899 : Bull. crim. 1993, n° 216.

1250 Cass. Com., 23 février 1993, Parfumerie Michelle c/ Chanel, n° 90-19375 : Inédit, *D.*, 1994, p. 318, note Fort-Cardon. Dans le même sens, et de façon plus explicite encore, v. C.A. Paris, 1er octobre 1997, *D.*, 1998, p. 445, obs. Malaurie-Vignal ou T.G.I. Paris, 27 janvier 2009, *PIBD*, 2010, III, p. 252.

s'est faite avec l'accord du titulaire de la marque et qu'ils ont été régulièrement acquis par le revendeur poursuivi »¹²⁵¹.

588. La encore, le parallèle s'avère troublant car, sous le prisme du droit des marques, l'enjeu de la problématique est, en pratique, exactement le même que celui qui préside à la généralisation de la concurrence déloyale par parasitisme¹²⁵². Dans les deux cas, ces théories aboutissent, peu ou prou, à sanctionner, *per se*, la revente hors réseau.

D. La protection du réseau par le droit de la consommation

589. Publicité trompeuse. Le titre de ces développements peut sembler quelque peu incongru, si ce n'est un tantinet provocateur. Pourtant, de fait, l'opposabilité du réseau passe aussi par le droit de la consommation – et plus précisément par l'article L. 121-1 du Code de la consommation, véritable « *pont entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence déloyale* »¹²⁵³. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la jurisprudence estime en effet que le texte n'a nullement vocation à voir son champ d'application limité au seul consommateur, mais « *doit s'étendre également [aux actes] visant des commerçants* »¹²⁵⁴. Ce champ d'application étendu a, depuis, été consacré par le législateur qui, en 2008, a intégré à l'article L. 121-1 du Code de la consommation un III mentionnant que les pratiques visées par le I du même texte sont également incriminées lorsqu'elles ont pour cible un professionnel.

590. Le texte¹²⁵⁵ a été invoqué pour la première fois dans la célèbre affaire Hermès¹²⁵⁶, tranchée par la Cour de cassation le 27 octobre 1992. La Cour, sur renvoi après cassation, reprochait à la juridiction des référés d'avoir rejeté la demande du distributeur de voir cesser la distribution parallèle de ses produits qu'elle considérait comme un trouble manifestement illicite. La juridiction de renvoi avait en effet estimé que « *n'est pas un acte de publicité « mensongère » constitutif d'un trouble illicite, la mention apposée sur les emballages des parfums Hermès selon laquelle ils ne peuvent être vendus que par un distributeur agréé dès lors que [le tiers distributeur] n'est pas l'auteur de ce message publicitaire dont il n'est pas établi qu'il ait été ou qu'il*

1251 Cass. Com., 23 mars 2010, SARL Béry c/ SAS Chanel, n° 09-66.522, JurisData n° 2010-002600, *PIBD*, 2010, III, p. 308, *Propr. industr.*, 2010, n° 7, p. 36, note Larrieu, *RTD Com.*, 2010, n° 4, p. 702, note Azéma, *D.*, 2010, n° 38, p. 2540, note Picod.

1252 V. supra, n° 559 et s.

1253 Y. Picod, *Code de la consommation*, Dalloz, 2013, commentaire du Titre deuxième du Livre Premier.

1254 Ibid.

1255 Plus exactement son ancêtre, la publicité mensongère étant à l'époque visée par l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973, lequel a été abrogé par la loi du 26 juillet 1993 créant le Code de la consommation.

1256 Chacun sait que le réseau de distribution de la prestigieuse maison de la rue du Faubourg Saint-Honoré n'est nullement organisé sur le mode de la franchise. Il n'en reste pas moins que la solution semble parfaitement indifférente au mode d'organisation contractuel interne du réseau de distribution et demeure donc parfaitement transposable en notre matière.

soit un facteur déterminant de la démarche des clients des centres Leclerc »¹²⁵⁷. Tout au contraire, la Cour de cassation affirme qu'« une telle mention non démentie par le vendeur, était de nature à faire croire à la clientèle que la société [tiers au réseau] avait la qualité de distributeur agréé de la société Hermès »¹²⁵⁸. La solution a depuis été éprouvée à maintes reprises¹²⁵⁹.

591. En revanche, en l'absence d'une telle mention sur les emballages, la revente parallèle n'est pas en soi constitutive de publicité trompeuse. Là encore, la proximité est frappante entre les solutions obtenues par application de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et celles auxquelles aboutit le droit de la concurrence déloyale¹²⁶⁰. Il a ainsi pu être jugé, en matière de concession automobile, que violait l'article L. 121-1 une Cour d'appel sanctionnant un distributeur parallèle « sans relever en quoi le fait de ne pas indiquer la qualité de l'opérateur, vendeur de voitures neuves, était de nature à créer une confusion à l'égard des sociétés concessionnaires, alors qu'il n'était pas constaté qu'il ait été fait mention d'allégations, indications, ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur l'acheteur de véhicules en lui laissant croire que le vendeur avait la qualité de concessionnaire »¹²⁶¹. Il convient toutefois de souligner le traitement relativement spécifique qui est celui de la distribution automobile¹²⁶², incitant quelque peu à la prudence quant à la généralisation d'une telle solution à des domaines plus classiques. L'extension du champ d'application de la publicité trompeuse – qui a laissé place aux « pratiques commerciales trompeuses » en 2008 – laisse toutefois entrevoir de stimulantes possibilités en matière de franchise, notamment lorsque l'infraction porte sur la « non-identification de la personne pour laquelle elle est mise en œuvre »¹²⁶³.

1257 Cass. Com., 27 octobre 1992, Hermès c/ Centre Leclerc Limoges Dis, n° 89-21.064 : Bull. civ. IV, n° 330, *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent, *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434.

1258 Ibid.

1259 V. notamment Cass. Com., 9 mars 1993, S.A. Guerlain c/ S.A. Boulogne distribution, n° 90-22.150 : Inédit ; Cass. Com., 9 avril 1996, Sté Angoulême Distribution c/ Sté des Parfums Christian Dior, n° 94-12.043, *JurisData* n° 1996-001615, *D.*, 1997, somm. p. 26, obs. Mazeaud. La solution est encore reprise par C.A. Paris, 18 avril 2008, SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific Création, n° 07/04360, cité par N. Ferrier et L. Sautonie-Laguionie, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », *RTD civ.*, 2011, n° 2, p. 225.

1260 V. supra, n° 559.

1261 Cass. Com., 26 janvier 1999, Sté Automobiles Jean-Yves Berthier c/ Sté Armorique autos, n° 97-10.964, *JurisData* n° 1999-000319, *JCP E*, 1999, pan., p. 248, *RLDA*, 1999, n° 114, note Storrer, *D.*, 1999, p. 241, note Omarjee

1262 On sait que la Commission européenne a adopté un règlement spécifique à ce secteur (Règlement (UE) n° 461/2010 de la commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile).

1263 Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2e éd., Dalloz, 2010, n° 127.



592. L'essentiel de la protection du réseau contre les revendeurs parallèles repose donc sur le droit de la responsabilité civile. Sa mise en œuvre suppose donc la démonstration d'une violation consciente de l'exclusivité par le tiers revendeur. Le seul aménagement à ce principe de droit commun réside dans la relative clémence quant à l'appréciation de la charge de la preuve. Toutefois, s'il incombe au revendeur de prouver la licéité de son propre approvisionnement, la Cour de cassation se refuse à exiger du tiers qu'il prouve la licéité des précédents niveaux de distribution. Dès lors, la portée du renversement de la charge de la preuve initial demeure fort mesurée. Au final, la protection du réseau repose souvent davantage sur des mécanismes relativement primaires, tels la mention de la commercialisation exclusive par le réseau de la marque sur les emballages. Ces procédés permettent de déduire de la seule revente la faute du distributeur parallèle et reviennent in fine à assurer au réseau l'opposabilité qui lui fait défaut. On peut toutefois regretter que cette opposabilité passe par de tels mécanismes, qui n'ont pour seule raison d'être que les carences du droit de la concurrence.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

593. **Somme des contrats entre le franchiseur et ses clients.** Le réseau n'est donc rien d'autre que la somme des contrats liant un commerçant, le franchiseur, à sa clientèle, les franchisés. Dit autrement, cette constatation revient à affirmer que le réseau n'est autre que la clientèle du franchiseur. Aussi, n'est-il pas davantage protégé que toute autre clientèle, sur laquelle toute « appropriation » est par essence précaire à raison même de la liberté du commerce et de l'industrie¹²⁶⁴. Toute tentative de reconnaissance d'une pleine et entière opposabilité du réseau aux tiers est donc vaine, sauf à organiser un mécanisme légal particulier de protection. Cette protection légale apparaît tout aussi souhaitable qu'aisée à mettre en œuvre : il suffirait par exemple de prévoir la mention de l'appartenance à un réseau de distribution dans le cadre de l'inscription au registre du commerce et des sociétés pour que l'opposabilité puisse être pleine et entière.

594. **Indépendance de la considération juridique du réseau et de son opposabilité.** Un tel mécanisme ne réglerait cependant qu'une part du problème. La question de la reconnaissance juridique du réseau doit être distinguée de celle de la sanction de la revente parallèle. Ces deux problématiques sont parfaitement indépendantes l'une de l'autre : la reconnaissance juridique du réseau n'implique pas, en soi, l'interdiction

1264 V. Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000.

pour les tiers de la bouleverser. La question de la revente parallèle tient davantage à la libre circulation des marchandises et à la libre concurrence qu'à la considération juridique du réseau. Le réseau pourrait bien accéder à la personnalité morale que la question de la revente parallèle ne serait pas pour autant réglée : la meilleure preuve en est que les réseaux succursalistes expérimentent, eux aussi, de telles difficultés.

595. En l'état, le droit positif conduit donc à ce que la protection du réseau soit indexée sur celle de la clientèle de n'importe quel commerçant. C'est donc, fort logiquement, la concurrence déloyale et le droit de la responsabilité civile qui viennent régler ce type de conflits. Il importe donc, pour le réseau de franchise victime d'un revendeur parallèle, de prouver la faute de ce dernier. Or, la jurisprudence considère que la faute ne peut s'inférer de la seule revente de produits soumis à exclusivité, ce qui est cohérent avec l'état actuel du droit. La faute ne peut donc être retenue qu'en présence d'un approvisionnement fautif du tiers. Une telle solution est évidemment défavorable au réseau, en dépit du léger assouplissement des règles de preuves.

596. Nécessité d'une présomption de faute. Naturellement, l'existence d'une présomption de faute pesant sur le revendeur parallèle serait sans doute plus cohérente. Il est à tout le moins paradoxal que le droit de la concurrence prenne en considération, dans les rapports entre les parties, l'existence du réseau pour en minimiser les effets, mais occulte celle-ci lorsqu'il s'agit de protéger le réseau. L'étude de la jurisprudence montre que certaines décisions, sans lier la faute à la revente parallèle, ont toutefois établi un lien fort entre les deux notions. Il est certain que la revente « *de produits marqués sans être soumis aux contraintes des distributeurs [...] ni satisfaire aux critères de sélection qualitative [permet de bénéficier] des investissements commerciaux et publicitaires du réseau sans en supporter les charges et [de] profit[er] des retombées favorables de la marque sans contrepartie* »¹²⁶⁵. D'autres branches du droit, à l'instar du droit des marques ou du droit de la consommation permettent également d'espérer renforcer quelque peu la considération juridique des réseaux de franchise de production. Toutefois, et à défaut d'une réelle opposabilité dont la source ne peut qu'être légale, ces tentatives sont condamnées à ne rester que relativement contingentes.

1265 C.A. Angers, 9 mars 2004, JSJ3 c/ The Timberland Company, JurisData n° 2004-243673. La décision considère toutefois ces agissements comme des actes de concurrence déloyale, sans se référer directement à la notion de parasitisme.

Chapitre 2

La protection classique du réseau contre l'abus de concurrence des tiers

597. Au-delà du problème très spécifique de la revente parallèle, les réseaux sont également susceptibles de subir d'autres formes de concurrence déloyale émanant des tiers, selon des procédés que l'on pourra qualifier de plus classiques et répondant globalement à la typologie traditionnelle établie par Roubier (**Section I**). Si les comportements attentatoires au réseau révèlent finalement peu de spécificités, on pourrait au contraire s'attendre à ce qu'une attention plus grande soit portée aux titulaires de l'action à raison des multiples victimes des agissements déloyaux que sont cumulativement le réseau, le franchiseur, le franchisé et ses éventuels co-franchisés (**Section II**).

SECTION 1. L'ABSENCE DE SPÉCIFICITÉ DES COMPORTEMENTS SANCTIONNÉS

598. La protection du réseau par le biais de l'action en concurrence déloyale ne présente guère de spécificités au regard des comportements sanctionnés. L'immense majorité des affaires soumises ayant donné lieu à une décision judiciaire s'intègre ainsi parfaitement dans la typologie, pourtant déjà ancienne, élaborée par Roubier (**I**). Plus récente, la notion de parasitisme économique offre des perspectives nouvelles et particulièrement stimulantes au droit de la concurrence appliqué au domaine de la franchise. Pourtant, l'étude de la jurisprudence en la matière se révèle relativement décevante : la notion est peu utilisée des plaideurs. Dans les rares cas où elle est sollicitée, c'est souvent pour faire double emploi avec l'un des cas classiques de concurrence déloyale (**II**).

I. L'APPLICATION DES CAS CLASSIQUES DE CONCURRENCE DÉLOYALE AFIN DE PROTÉGER LE RÉSEAU

599. Parmi les cas classiques de concurrence déloyale, et suivant un plan des plus convenus, seront distingués les cas de confusion (A), de dénigrement (B) et de désorganisation (C). Naturellement, il serait superfétatoire d'attirer l'attention sur le caractère nécessairement artificiel d'une telle segmentation, que les comportements déloyaux dépassent largement, en combinant bien souvent plusieurs formes d'agissements abusifs.

A. Procédés de confusion

600. **Jurisprudence concernant essentiellement les anciens franchisés.** On connaît le rôle central de l'« image de marque »¹²⁶⁶ véhiculée par le réseau dans le cadre d'un contrat de franchise. De même, il n'est guère nécessaire d'insister sur le caractère primordial du savoir-faire¹²⁶⁷ et de l'ensemble des réalisations par lesquelles il se manifeste (agencement du point de vente, uniformité des méthodes de vente, couleurs, ambiance, etc.). On pourrait donc s'attendre à ce que le contentieux relatif aux signes distinctifs du réseau soit particulièrement nourri sur le terrain de la concurrence déloyale par confusion, le réseau ayant le plus grand intérêt à préserver ce qui le caractérise et fait sa valeur. De façon relativement contre-intuitive, une étude systématique de la jurisprudence des juridictions du fond démontre que le contentieux en cette matière est moins abondant que l'on pourrait le penser. On imagine aisément que l'action en concurrence déloyale n'occupe ici qu'une place résiduelle compte tenu de la prépondérance de la protection de la plupart des éléments caractéristiques du réseau par le droit des marques¹²⁶⁸. Il est probable également que la forte notoriété des signes distinctifs utilisés par les réseaux soit une forme de dissuasion relativement efficace, chacun comprenant que leur usage illicite ne pourra qu'être sanctionné. En réalité, beaucoup d'affaires portées à la connaissance des tribunaux concernent moins la concurrence déloyale d'un tiers que celle de l'ancien franchisé¹²⁶⁹, qui par hypothèse connaît et détient l'ensemble des signes distinctifs du réseau. D'autres arrêts remarquables s'intéressent à la concurrence déloyale de l'ancien salarié du franchisé¹²⁷⁰. La spécificité de ces situations nous a conduits à les analyser dans la première partie de cette étude et il ne nous paraît pas opportun d'y revenir ici.

1266 Sur cette notion, v. H. Maccioni, « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP G*, 1996, I, 3934. V. également nos développements n° 617 et s.

1267 V. supra, n° 255 et s.

1268 Ces recoupements voire chevauchements ont été étudiés dans le cadre des développements sur la légitimité de la clause de non-concurrence imposée à l'ancien franchisé (n° 263 et s.), auxquels il sera donc renvoyé.

1269 Sur cette question v. n° 440 et s.

1270 C.A. Paris, 1er juillet 1993, Favac c/ Cincerella, *JurisData* n° 1993-022489.

601. Faux candidats à la franchise. D'autres arrêts concernent cependant non pas l'ancien franchisé, mais le candidat franchisé évincé lequel, pour être pleinement tiers au réseau, a parfois eu la possibilité de capter un certain nombre d'informations confidentielles au cours des pourparlers. Certains candidats à la franchise peu scrupuleux voient dans cette manœuvre un moyen de bénéficier de la notoriété et du savoir-faire du réseau sans bourse délier. Il est vrai que l'imprudence de certains franchiseurs acceptant que le franchisé débute son exploitation alors que le contrat de franchise n'est pas signé peut favoriser de tels comportements opportunistes. Outre le fait que le candidat franchisé engagera en pareil cas sa responsabilité sur le fondement de la rupture abusive des pourparlers¹²⁷¹, il est certain que l'usage des signes distinctifs du réseau sans droit ni titre ouvre la voie à une action en concurrence déloyale¹²⁷².

602. Solutions fort classiques. Hors ces cas particuliers de l'ancien franchisé et du candidat franchisé, les exemples jurisprudentiels de concurrence déloyale d'un tiers au détriment du réseau de franchise demeurent peu fréquents. Leur intérêt est en outre relativement modeste, dans la mesure où il ne se dégage aucune spécificité dans l'application des critères de l'action en concurrence déloyale, le réseau – ou plus exactement le franchiseur – étant alors considéré comme n'importe quel commerçant. La jurisprudence a ainsi eu à se prononcer sur le risque de confusion généré par la proximité phonique de la dénomination commerciale des produits commercialisés par deux concurrents agissants sur le marché de la literie : « Tempur » et « Sompur ». Par une motivation particulièrement riche, la Cour d'appel de Paris s'était attachée à démontrer qu'il ne pouvait exister « *dans l'esprit du consommateur normalement informé et raisonnablement avisé de la catégorie des produits visés par les marques en présence un risque de confusion* »¹²⁷³, motivation approuvée par la Cour de cassation. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris accueille cette fois l'action en concurrence déloyale pour confusion d'un réseau de franchise d'agences immobilières qui faisait grief à un concurrent de reprendre presque intégralement les documents qu'il avait réalisés aux mêmes fins. L'arrêt note, pour justifier le risque de confusion, que « *l'activité des deux sociétés [est] similaire et [s'exerce] dans le même rayon géographique* »¹²⁷⁴, ce qui paraît une motivation on ne peut plus classique.

1271 C.A. Rennes, 2 novembre 2010, Sté Landousie c/ Sté Groupe Elancia, JurisData n° 2010-031572

1272 Ibid. et C.A. Toulouse, 22 mai 2007 Audaly c/ International Esthétique Epil Center, JurisData n° 2007-343492.

1273 Cass. Com., 2 février 2010, Tempur France c/ Chaîne de l'ameublement, n° 09-11.303, JurisData n° 2012-051443, *Propriété intellectuelle*, 2010, n° 35, p. 762, note Sabatier. Pour des faits similaires et la confusion générée entre les marques de bijoux fantaisie « Camille & Camille » et « Camille & Lucie », v. C.A. Lyon, 25 mars 2010, Sté Camille et Lucie c/ TRC Design, n° 09/01622.

1274 C.A. Paris, 4 mars 1991, Actim c/ Le Tuc Immobilier. Dans le même sens et pour des faits similaires C.A. Paris, 7 janvier 1998, SA FA1 c/ SARL Agence de Créteil, JurisData n° 1988-020116.

B. Procédés de dénigrement

603. Contrairement aux commerces classiques, il est relativement rare en matière de franchise que le dénigrement du réseau s'adresse directement aux consommateurs finaux. Quoique cette hypothèse se rencontre parfois en jurisprudence (1), c'est davantage le dénigrement du réseau adressé aux franchisés qui nourrit le contentieux (2).

1. Le dénigrement du réseau à destination des consommateurs

604. Il convient de rappeler la définition classique du dénigrement, donnée par Roubier, au terme de laquelle ce délit civil vise les comportements qui « *tendent à jeter le discrédit sur un concurrent ou sur les produits fabriqués* »¹²⁷⁵. La Cour d'appel de Versailles a pour sa part pu définir le dénigrement comme le fait de « *porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur* »¹²⁷⁶. À cet égard, il faut bien confesser que les commerçants exploitant leur fonds par le biais d'une franchise ne présentent pas de grandes spécificités au regard de leur protection contre le dénigrement¹²⁷⁷. Les franchisés sont, comme tout commerçant, susceptibles de subir le dénigrement de l'un de leurs concurrents et ne disposent pour s'en prémunir ni de plus ni de moins d'armes que n'importe quel commerçant exerçant à titre indépendant.

605. À titre d'illustration, la responsabilité d'un tiers au réseau a notamment pu être engagée sur ce fondement dans la mesure où ce dernier s'employait à présenter les franchisés membres des grands réseaux de franchise d'agences immobilières comme des commerçants peu scrupuleux et peu soucieux des intérêts de leurs clients¹²⁷⁸. Le concurrent s'attachait ainsi à « *présenter les agents immobiliers [...] membres d'importants réseaux concurrents [de son propre réseau], sous les traits du profiteur sans scrupule, voire malhonnête, illustré par des photographies suggestives de l'homme au cigare ou de la prison, [...] symbole du consommateur prisonnier de contrats intentionnellement rédigés contre son intérêt* »¹²⁷⁹. À l'inverse, le comportement du même réseau n'est pas qualifié de dénigrement par la Cour d'appel de Caen, laquelle estime que le seul fait « *d'indiquer 'grâce aux agences '4 % Immobilier' [le réseau accusé de dénigrement], préférez payer une commission acceptable !', ou de mentionner dans [une revue], que 'il y a des honoraires abusifs allant jusqu'à représenter le salaire annuel d'un cadre moyen pour une seule vente'*

1275 P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1, Sirey, 1952, p. 206.

1276 C.A. Versailles, 9 septembre 1999, D., 2000, somm. 311, obs. Serra.

1277 Outre le problème spécifique de la qualité et de l'intérêt à agir, lequel fera l'objet d'une étude spécifique n° 633 et s.

1278 La profession d'agent immobilier offre ainsi une contribution sans égal à la construction prétorienne de la notion de dénigrement. Une série d'arrêts célèbres concernait déjà ces professionnels, qui s'émouvaient déjà de griefs sensiblement similaires (C.A. Paris, 9 décembre 1992, D., 1994, p. 223, obs. Serra et C.A. Paris, 12 février 1999, D., 2000, somm. 211, obs. Serra).

1279 C.A. Pau, 14 février 2011, Sté Immobilier conseils et autres c/ Bas, n° 10/02587.

ne saurait suffire à comprendre ces slogans comme l'expression d'un dénigrement à l'égard de la concurrence »¹²⁸⁰.

606. De façon plus légère encore, un réseau de franchise spécialisé dans l'optique a pu valablement faire grief à l'un de ses concurrents de parodier une publicité où apparaissait notamment le très populaire Johnny Hallyday. La publicité, intitulée « Johnny Halloway il est terrible » présentait un sosie du chanteur, avachi dans un fauteuil et portant des lunettes de soleil sans particularités ce qui, pour les magistrats montpellierains ayant eu à connaître de l'affaire, était « *à l'opposé de la publicité du groupe Interoptical qui dénotait une recherche de distinction dans l'allure et la présentation du chanteur qui avait prêté son image et son nom* »¹²⁸¹, ce qui justifiait la condamnation du concurrent coupable de dénigrement¹²⁸².

607. En somme, que la victime soit un réseau de franchise ou un simple commerçant exerçant à titre individuel, la jurisprudence s'attache à déterminer dans quelle mesure le concurrent aura ou non dépassé les limites de la libre critique¹²⁸³. Le fait que la victime ne soit pas une personne juridique strictement identifiée, mais le réseau dans son ensemble ne pose en réalité aucune difficulté. Cela est parfaitement cohérent dans la mesure où la jurisprudence admet depuis fort longtemps que la victime du dénigrement puisse être un groupe de professionnels ou une catégorie professionnelle déterminée¹²⁸⁴. Le dénigrement du réseau n'est donc qu'un exemple de dénigrement collectif¹²⁸⁵. D'un point de vue pratique, la place centrale de la publicité et de la communication, qui sont bien souvent les éléments moteurs d'un réseau de franchise, a toutefois tendance à cristalliser les conflits si bien que les réseaux de franchise ont une appétence toute particulière pour l'action en dénigrement. Toutefois, dans la plupart des cas, ce n'est pas à l'égard des consommateurs finaux que le dénigrement sera employé, mais en amont à l'adresse des membres mêmes du réseau.

2. Le dénigrement du réseau à destination des franchisés

608. L'étude des décisions rendues sur le fondement du dénigrement en matière de réseau de franchise enseigne que les franchisés sont la cible privilégiée des concurrents du réseau. L'envoi de courriers dénigrant les pratiques ou les mérites du franchiseur et du réseau sont notamment des pratiques sur lesquelles les tribunaux ont régulièrement

1280 C.A. Caen, 12 janvier 2012, FNAIM c/ AVH Associés, n° n° 10/02111.

1281 C.A. Montpellier, 24 avril 2007, Sté Diapbolo c/ C.H. Optic, n° 05/06228.

1282 Un autre réseau a pu être condamné pour s'être prévalu d'une ancienneté qui n'était pas véritable, ce qui avait pour effet de fausser le jeu de la concurrence : « *en faisant croire de la sorte à une pérennité et une ancienneté illusoire, la société appelante s'est prévalu vis-à-vis de ses concurrentes d'une expérience en matière de franchise dont elle ne disposait pas et qui n'a pu que fausser le jeu de la concurrence* » (C.A. Paris, 30 mai 2012, SAS Socorest c/ SA Speed Rabbit Pizza, n° 10/21316).

1283 Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *in Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 146.

1284 C.A. Bordeaux, 3 mai 1971, *Gaz. Pal.*, 1971, 2, p. 398, note Fourgoux, *D.*, 1971, somm., p. 222.

1285 Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *in Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 150.

l'occasion de se prononcer. Trois décisions rendues par diverses Cours d'appel et portant sur des faits relativement similaires peuvent être citées en ce sens.

609. Public averti cible du dénigrement. Dans la première espèce, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Lyon le 18 mai 2006, un franchiseur s'était vu qualifier d'escroc en présence de plusieurs franchisés de son réseau. Les faits étaient établis par plusieurs attestations, si bien que la matérialité du dénigrement ne fait aucune difficulté. L'arrêt est en revanche fort intéressant et singulier dans l'appréciation qu'il fait des dommages et intérêts justifiés par ce qui s'apparente à de la diffamation. Les magistrats lyonnais estiment que « *ces déclarations étaient faites à des gérantes de sociétés parfaitement en mesure de se forger leur propre opinion dans le cadre des relations qu'elles entretenaient elles-mêmes depuis plusieurs années avec le groupe Top Model* »¹²⁸⁶ si bien qu'il y a lieu de rejeter la demande de dommages et intérêts formulée par la société franchiseur et son dirigeant. Une telle motivation a bien évidemment de quoi surprendre¹²⁸⁷. Elle a toutefois le mérite de mettre en avant la spécificité du dénigrement en matière de franchise qui, la plupart du temps, n'est pas adressé à un public indéterminé et plus ou moins ignorant, mais au contraire à quelques cibles privilégiées et entretenant des liens étroits avec le franchiseur. Estimer que cet état de fait justifie le rejet de toute prétention indemnitaires nous paraît cependant fort excessif¹²⁸⁸.

610. De façon plus académique et dans une situation analogue, la Cour d'appel de Paris a pu condamner un concurrent qui tentait d'intimider les franchisés d'un réseau en leur faisant croire que la marque du franchiseur était usurpée. Pour la Cour d'appel, une telle attitude « *constitue un acte d'intimidation et de dénigrement caractérisant un trouble manifestement illicite à l'endroit des sociétés dont le réseau commercial est composé de ces franchisés* »¹²⁸⁹. L'arrêt est d'autant plus intéressant qu'il poursuit en ces termes : « *il importe peu à cet égard que les destinataires des mises en demeure soient des partenaires commerciaux et non des clients des sociétés [du franchiseur], dès lors que l'envoi des lettres litigieuses est de nature à entacher la réputation de [celui-ci]* »¹²⁹⁰. On ne pourra en revanche que regretter l'affirmation selon laquelle les franchisés sont des partenaires commerciaux et non des clients du franchiseur, qui ne nous semble pas conforme au

1286 C.A. Lyon, 18 mai 2006, SARL Groupe Top Model c/ Universel Coiffure, n° 04/06624.

1287 On sait que la démonstration d'un préjudice dans le cadre de l'action en concurrence déloyale relève le plus souvent d'une preuve purement formelle. V. en ce sens Cass. Com., 12 février 2008, Yoplait c/ La Fermière, n° 06-17.501, *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 63, obs. Caron, *Contr. conc. consom.*, 2008, comm. 103, obs. Malaurie-Vignal, *JCP E*, 2009, n° 30, p. 21, note Decocq, *D.*, 2009, p. 2573, note Picod, *RDC*, 2008, p. 862, note Behar-Touchais, *RLDA*, 2008, n° 26, p. 45, note Anadon ou Cass. Com., 27 janvier 2009, Cocktail c/ Pop'tel publicité, n° 07-15.971 : Inédit, *D.*, 2009, p. 1441, note Picod, *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 128, note Fasquelle, Mitchell et Dany, *LPA*, 2008, n° 243, p. 11, note Simon et Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 121.

1288 Même si l'on considère que le dénigrement ne cause de préjudice que lorsqu'il est adressé à la clientèle du commerçant, tel est précisément le cas lorsqu'il est adressé aux franchisés, clients du franchiseur.

1289 C.A. Paris, 23 mars 2012, The Mad Science Group c/ Activités Ludorécréatives assurées, n° 11/11910.

1290 Ibid. Dans le même sens, v. C.A. Metz, 18 octobre 2011, JurisData n° 2011-027800, même si en l'espèce la preuve du parasitisme n'était pas rapportée.

mécanisme de la franchise¹²⁹¹. Sans considérer que les franchisés sont les clients du franchiseur, la condition de publicité du dénigrement, au sens où elle est classiquement entendue, ne serait d'ailleurs pas remplie¹²⁹².

611. Plus récemment encore, la Cour d'appel de Paris a eu à statuer sur le cas d'un franchiseur qui distribuait, lors du salon de la franchise, des questionnaires dont les réponses orientées conduisaient à dénigrer systématiquement son concurrent. Ce procédé visait tout à la fois de futurs candidats à la franchise que d'éventuels clients-consommateurs. La Cour d'appel de Paris ne s'y trompe pas et insiste davantage sur les effets pervers du procédé que sur ses destinataires potentiels. Les magistrats parisiens relèvent que ces procédés « *ne conduisent pas à une comparaison objective sur des caractéristiques essentielles et pertinentes, mais induisent une appréciation nécessairement négative à l'égard de la société [du franchiseur], [ce qui] caractérise la commission d'actes de dénigrement à l'encontre de cette dernière de nature à générer une confusion dans l'esprit du client ou du candidat à la franchise et, donc, à entraîner une distorsion dans le jeu normal de la concurrence* »¹²⁹³. Nous serons tentés de voir dans cette décision la confirmation de ce que le fait que les destinataires du message dénigrant soient les franchisés n'est source d'aucune difficulté, en dépit de ce qu'a pu affirmer la Cour d'appel de Lyon.

C. Procédés de désorganisation

612. Contentieux relatif aux anciens franchisés. Paradoxalement, à en croire une lecture statistique de la jurisprudence en la matière, les tiers au réseau ne semblent pas les plus prompts à désorganiser ce dernier. En effet, si beaucoup de décisions des juges du fond font référence à la notion de désorganisation du réseau de franchise, c'est souvent pour accabler l'ancien franchisé rompant prématurément ses relations contractuelles avec le franchiseur. Un contentieux fréquent se noue encore lorsque le franchisé souhaite cesser son activité et céder son fonds de commerce, le successeur n'étant pas systématiquement désireux de poursuivre les relations avec le réseau. D'aucuns semblent même considérer que la violation d'une obligation de non-concurrence ou de non-réaffiliation par l'ancien franchisé constitue un procédé de désorganisation¹²⁹⁴. Ces situations relèvent de l'appréhension par le droit de la concurrence des relations entre les parties au contrat, à l'issue de ce dernier et relève donc de la première partie de notre étude, à laquelle il sera renvoyé¹²⁹⁵. S'agissant de la désorganisation du réseau imputable à un concurrent, il est possible d'affirmer que celle-ci vise tantôt les

1291 V. supra, n° 232 et s.

1292 V. supra, n° 482 et s.

1293 C.A. Paris, 30 mai 2012, SAS Socorest c/ SA Speed Rabbit Pizza, n° 10/21316.

1294 M. Texier, *La désorganisation : contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, P.U.P., 2006, n° 398 et s. Il faut cependant alors avoir une vision particulièrement large de la notion de désorganisation, qui s'émanciperait alors de son berceau originel qu'est l'action en concurrence déloyale.

1295 V. supra, n° 219 et s.

franchisés eux-mêmes (1), tantôt les produits distribués (2). Dans les deux cas toutefois, c'est bien la structure du réseau et le mode de distribution qu'il organise qui sont visés.

1. La désorganisation de l'implantation du réseau

613. Promotion de la mobilité des franchisés. Entre réseaux concurrents, la compétition exacerbée pour l'implantation de points de vente, que les normes d'urbanisme commercial ne font que renforcer, induit nécessairement des comportements plus ou moins loyaux ayant pour objectif de faire passer tel ou tel franchisé sous pavillon ennemi. Alors qu'entre les parties le droit de la concurrence s'assigne pour objectif de favoriser la mobilité des franchisés en prohibant toute clause visant à leur enfermement¹²⁹⁶, ce même droit vient dans un mouvement inverse tenter de limiter les excès que pourrait susciter une telle mobilité¹²⁹⁷. Soucieuse de cet équilibre, la jurisprudence rappelle de façon fort logique qu'en l'absence de clause de non-concurrence, un tiers est libre de contracter avec un franchisé à l'issue de son contrat. La perte par le réseau d'un point de vente ne résulte alors que du jeu normal de la concurrence, jugé alors bénéfique pour le marché qu'il contribue à fluidifier¹²⁹⁸. Cependant, il semble que certains réseaux se soient lancés dans une contestation systématique de cette position, estimant que le passage d'un point de vente sous enseigne concurrente est nécessairement constitutif de désorganisation¹²⁹⁹. Ce comportement a été fustigé, les juges du fond estimant que le groupe dont il s'agit « *s'inscrit dans un cadre anticoncurrentiel, [en] introduisant systématiquement une action en justice contre les tiers acquéreurs d'un fonds cédé par un de leurs affiliés* »¹³⁰⁰.

614. Tierce complicité. En somme, et sous réserve de l'hypothèse où un réseau concurrent se livrerait à un démarchage systématique des franchisés d'une enseigne concurrente¹³⁰¹, les cas de désorganisation se confondent le plus souvent avec la tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. La Cour d'appel de Paris qua-

1296 V. M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, no hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s.

1297 Il ne s'agit que d'une illustration supplémentaire de l'axiome selon lequel le droit de la concurrence oscille entre deux objectifs antinomiques : favoriser la concurrence tout en limitant les excès.

1298 V. pour une illustration de ce principe C.A. Paris, 25 janvier 1995, Sté Free Time c/ Castelle Grill et Mac Donald's, JurisData n° 1995-041853 : « *Le franchisé et la société à laquelle il a cédé ses actions ne se rendent pas coupables de concurrence déloyale du fait même de cette cession, qui n'a pas désorganisé le réseau, le fait que le commerce soit désormais exploité sous une nouvelle enseigne étant inopérant en l'absence de clause portant interdiction de travailler sous une autre enseigne à l'expiration du contrat* ».

1299 V. notamment C.A. Agen, 1er février 2010, Prodim c/ Casino Distribution France, JurisData n° 2010-008225 ; C.A. Paris, 2 avril 2008, Prodim c/ Grilloise distribution, JurisData n° 2008-364977 ; Cass. Com., 23 janvier 2007, Prodim c/ Casino Distribution France, n° 05-19.523, JurisData n° 2007-037125, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 194, p. 42, note Mourre et Pedone, *JCP E*, 2007, n° 35, p. 28, note Béguin, *RTD Civ.*, 2007, p. 383, note Perrot.

1300 Cass. Civ. 2e, 16 décembre 2010, Prodim c/ Casino Distribution France, n° 10-14.862, JurisData n° 2010-024059.

1301 Sur cette question v. n° 484 et s.

lifie ainsi de « captation illicite de point de vente » qu'elle sanctionne sur le fondement de la désorganisation le fait pour un concurrent de débaucher un franchisé sans que ce dernier ait pris la peine d'informer préalablement son franchiseur du projet de cession¹³⁰². La Cour estime que « *la captation illicite de points de vente du réseau concurrent par le cessionnaire a entraîné la désorganisation du réseau en diminuant son implantation géographique ainsi que ses possibilités d'intervention commune de ses centrales d'achat* »¹³⁰³. De façon fort classique et ainsi qu'il l'a été développé à propos de la tierce complicité dans la violation d'une obligation d'exclusivité, une telle condamnation suppose la mauvaise foi du concurrent, laquelle s'infère principalement de sa connaissance de l'obligation contractuelle violée¹³⁰⁴. Il en va notamment ainsi lorsque le franchisé changeant de réseau viole un pacte de préférence¹³⁰⁵. La jurisprudence admet toutefois une sorte de présomption de connaissance de ce type de clause par la concurrence et juge notamment que « *le cessionnaire avait nécessairement connaissance de l'existence de la clause de préemption, [dans la mesure où] il est normal pour un tel groupe de vouloir préserver sa cohésion et son intégrité par des clauses contractuelles appropriées* »¹³⁰⁶. La désorganisation ne peut par ailleurs être caractérisée lorsque le franchisé rompt le contrat en raison de la carence du franchiseur lui-même¹³⁰⁷.

2. La désorganisation de la distribution des produits du réseau

615. Rôle marginal. Si elle aboutit nécessairement à une forme de désorganisation du réseau¹³⁰⁸, la revente parallèle est essentiellement sanctionnée sur le terrain de textes et de concepts spécifiques qui ont déjà été étudiés et sur lesquels il n'est pas nécessaire de revenir¹³⁰⁹. La jurisprudence offre toutefois certaines illustrations de situations où le concept de désorganisation fait office de variable d'ajustement et permet la condamnation d'un concurrent indélicat profitant de la renommée des produits du réseau. Ainsi, le réseau Carré Blanc, spécialisé dans la vente de linge de maison, obtint la condamnation de Carrefour qui avait distribué des marchandises contrefaites de la marque. Si l'action sur le fondement de la contrefaçon est accueillie, celle engagée sur le terrain de la concurrence déloyale prospère également. Les magistrats estiment en effet que « *les agissements déloyaux reprochés aux sociétés Carrefour ont également porté préjudice à la société Carré Blanc Boutiques, en sa qualité de distributeur exclusif des produits Carré Blanc, puisque cette commercialisation n'a pu qu'entraîner une désorganisation de son réseau de distribution, légitimement confronté aux interrogations de sa clientèle quant aux prix pratiqués dans ses établissements par rapport à ceux de produits identiques* »

1302 C.A. Paris, 3 juillet 1998, ITM Entreprises c/ SA de distribution alsacienne, JurisData n° 1998-022261
1303 Ibid.

1304 V. supra, n° 533 et s.

1305 C.A. Agen, 1er février 2010, Prodim c/ Casino Distribution France, JurisData n° 2010-008225.

1306 C.A. Paris, 3 juillet 1998, ITM Entreprises c/ SA de distribution alsacienne, JurisData n° 1998-022261.

1307 C.A. Paris, 2 avril 2008, Prodim c/ Grilloise distribution, JurisData n° 2008-364977

1308 En ce sens, v. M. Texier, *La désorganisation : contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, P.U.P., 2006, n° 448 et s.

1309 V. supra, n° 558 et s.

et directement concurrents »¹³¹⁰. Hormis ces hypothèses marginales et relativement audacieuses, il faut bien confesser que la notion de désorganisation ne bénéficie, en droit positif, que d'une place relativement marginale dans la protection du réseau vis-à-vis des tiers.

II. L'INTRODUCTION TIMIDE DE LA NOTION DE PARASITISME ÉCONOMIQUE

616. Les réseaux de franchise semblent être un terreau particulièrement propice au développement de la notion de parasitisme économique (A). Pourtant, et de façon assez paradoxale, l'utilisation de cette théorie reste tout à la fois relativement marginale, mais encore extrêmement convenue et peu audacieuse (B).

A. Une notion porteuse d'espoirs pour la protection du réseau

617. Le concept de parasitisme peut apparaître doublement intéressant aux fins d'assurer la protection du réseau : outre la relative souplesse de la notion (1), la théorie du parasitisme accorde une importance toute particulière à des notions telles que le savoir-faire, la notoriété ou l'image de marque qui sont tout aussi capitales en matière de franchise qu'elles sont méconnues de la théorie classique de la concurrence déloyale (2).

1. Un concept particulièrement souple

618. Place centrale de la réputation et de l'effort intellectuel. L'organisation en réseau des franchises offre un terreau particulièrement fertile au développement de la notion de parasitisme. Yves Saint-Gal définit le parasitisme comme le fait « *pour un tiers, de vivre en parasite dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits* »¹³¹¹. La notion d'agissement parasitaire vise en effet à sanctionner celui qui « *usurpe sensiblement une valeur économique d'autrui, même non concurrent* »¹³¹². Dans l'ouvrage qu'il consacre à cette notion, le Professeur Jean-Jacques Burst insiste sur le fait que le parasitisme « *consiste à se nourrir de l'effort intellectuel ou économique d'autrui* »¹³¹³. En somme, la théorie des agissements parasitaires, outre le fait qu'elle permet de s'affranchir de la condition de lien de concurrence exigée par l'action en concurrence déloyale, offre un outil de protection

1310 C.A. Versailles, 10 mars 2010, Carrefour c/ Carré blanc boutiques, n° 09/08770.

1311 Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », *RIPIA*, 1956, p. 37 et s.

1312 P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2013, n° 7082.

1313 J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, n° 3.

particulièrement efficace de la « valeur économique »¹³¹⁴. Il est en effet acquis que, de façon générale, « *le fait de profiter sans bourse délier du travail du concurrent est un comportement parasitaire* »¹³¹⁵. La valeur économique est encore au centre du travail de Monsieur Jean-Jacques Frion. Auteur d'une thèse consacrée à la notion de parasitisme, le magistrat estime que : « *l'utilisation et la réutilisation du travail et des investissements d'autrui ne seraient acceptables que dans la mesure où elle servirait une amélioration de ce travail* »¹³¹⁶. La valeur ajoutée serait donc une forme de fait justificatif opposable au demandeur à l'action en parasitisme¹³¹⁷.

619. Cette idée a été reçue par la jurisprudence et la Cour d'appel de Paris a pu affirmer qu'à l'instar du parasitisme observé dans le règne végétal ou animal, le parasitisme économique « *s'analyse en une prise de substance de l'autre ainsi appauvrie et parfois même conduite au dépérissement* »¹³¹⁸. L'intérêt de la notion de parasitisme au regard de la protection du réseau de franchise réside principalement dans la plasticité de l'objet qu'elle protège. La « substance » dont est privée l'entreprise parasitée peut être de toute nature et tout aussi immatérielle qu'insaisissable. Le parasitisme semble donc un terrain particulièrement favorable à la protection de valeurs économiques ne reposant pas sur des concepts juridiques clairement identifiés, à l'instar du savoir-faire, de la renommée, la notoriété ou encore de l'image de marque. Le Professeur Philippe Le Tourneau écrit ainsi que le parasitisme, et par la même la responsabilité civile délictuelle sur laquelle il repose, « *reste le recours ultime à la disposition des citoyens, le refuge des victimes à la recherche de sauvegardes juridiques, notamment pour les valeurs immatérielles nouvelles* »¹³¹⁹.

2. Un concept particulièrement adapté à la franchise

620. La notion de parasitisme est donc porteuse de nombreux espoirs concernant la protection des réseaux de franchise – protection qui, on l'a vu, demeure imparfaitement assurée par les mécanismes plus traditionnels du droit des obligations et du droit de la concurrence¹³²⁰. On aurait pu imaginer que le parasitisme, de par la souplesse et la plasticité de la notion, ait vocation à jouer un rôle central, voire unificateur en la matière. La difficulté à protéger le réseau procède principalement de la difficulté

1314 X. Desjeux, « L'investissement économique et le droit de la propriété industrielle », *Gaz. Pal.*, 1962, doct., 2, 422 ; X. Desjeux, « Quelle protection pour le modèle 'fonctionnel' ? », *Gaz. Pal.*, 1981, doct., 1, 2871

1315 J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, n° 222.

1316 J.-J. Frion, *L'agissement parasitaire*, Thèse : Nantes, 2001.

1317 P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2013, n° 7129.

1318 C.A. Paris, 18 mai 1989, *JCP E*, 1989, I, 180.

On observera toutefois que les nouvelles technologie rendent moins évident cette corrélation entre enrichissement du parasite et appauvrissement du parasité, de nombreuses valeurs pouvant être aisément dupliquées sans qu'il en résulte un appauvrissement de leur propriétaire, si ce n'est pas la perte de gain manquée.

1319 P. Le Tourneau, « Parasitisme – Notion de parasitisme », Fascicule n° 227, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2006, n° 11.

1320 V. supra, n° 263 et s.

à identifier juridiquement ce concept¹³²¹. Nous avons suggéré que le réseau puisse s'apparenter au fonds de commerce de la tête de réseau. Sans reprendre cette analyse, il est possible d'affirmer sans risque que le réseau constitue à tout le moins une valeur économique résultant d'investissements matériels et humains. Cette définition, qui peut faire office de plus petit dénominateur commun, n'en présente pas moins l'intérêt de permettre, à elle seule, l'application de la théorie du parasitisme économique.

621. De même, les concepts de notoriété et de savoir-faire, lesquels sont au cœur du mécanisme de la franchise, semblent particulièrement propices à l'application de la théorie de la concurrence parasitaire. Ainsi, Maître François-Luc Simon note-t-il que le parasitisme « *trouve un terrain d'application privilégié dans le cadre de la franchise, eu égard au rôle central du savoir-faire dans ce système de distribution* »¹³²². En vérité, si le contentieux existe et l'utilité de la notion est bien réelle, la jurisprudence enseigne toutefois que les apports de la théorie du parasitisme sont peut-être plus modestes que ce que l'on pourrait, de prime abord, espérer.

B. Des espoirs déçus par une utilisation timorée de la notion

622. En effet, la notion de parasitisme, ou à tout le moins l'utilisation qui en est faite par les praticiens en matière de franchise, apparaît souvent redondante avec les cas de concurrence déloyale précédemment évoqués (1), si bien que les solutions réellement novatrices obtenues par le truchement de cette notion sont fort rares (2).

1. Une utilisation majoritairement redondante avec l'action en concurrence déloyale

623. Carcan de conditions. Assez paradoxalement, la force du parasitisme est peut-être sa faiblesse : le potentiel subversif de la notion et les possibilités infinies qu'elle permet d'envisager conduisent assez paradoxalement à une utilisation très rigoureuse, encadrée, voire pusillanime. Le Professeur Philippe Le Tourneau, ardent défenseur du concept, expose avec une grande clarté ce paradoxe. Après avoir proposé une définition du parasitisme – qu'il juge lui-même « *volontairement complexe* »¹³²³ et « *enserrant le jeu du parasitisme dans un carcan de conditions* »¹³²⁴ – l'auteur expose qu'un tel encadrement permet de s'assurer que le parasitisme n'est pas « *le brûlot du Droit que certains dénoncent* »¹³²⁵. Les plus fidèles défenseurs du parasitisme sont donc les plus prompts à en restreindre drastiquement le champ d'application¹³²⁶.

1321 V. supra, n° 536 et s.

1322 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 363.

1323 P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2013, n° 7098.

1324 Ibid.

1325 Ibid.

1326 L'analogie peut être faite avec l'enrichissement sans cause, dont les juristes ont craint qu'il ne devienne une « machine à faire sauter le droit » pour reprendre les mots de Jacques Flour et se sont par conséquent employés à juridiciser à l'extrême son application.

624. Ainsi contrainte, la notion de parasitisme économique aboutit le plus souvent à des solutions relativement classiques et ne différant pas de celles obtenues par le biais de l'action en concurrence déloyale. À titre illustratif, la Cour d'appel de Lyon considère que constituent des actes de parasitisme « *le fait pour une entreprise de coiffure d'utiliser la marque et l'enseigne 'Vogue coiffure' phonétiquement et visuellement identique à ceux d'une entreprise concurrente titulaire de la marque 'Vog coiffure'* »¹³²⁷. On trouve une formulation sensiblement identique sous la plume de magistrats grenoblois s'agissant du risque de confusion résultant de l'enseigne et de l'agencement du magasin¹³²⁸. En pareils cas, si le recours à la théorie de la concurrence parasitaire ne peut être reproché, il est toutefois possible de noter qu'il n'aboutit pas à des solutions particulièrement novatrices au regard de ce que l'on qualifie traditionnellement de concurrence déloyale par confusion ou par imitation¹³²⁹. Il n'est peut-être pas inexact d'affirmer qu'en pareilles hypothèses, l'adjectif parasitaire est uniquement destiné à accentuer le caractère répréhensible des agissements du concurrent, mettant l'accent sur la « *flétrissure morale* »¹³³⁰ qu'ils révèlent. Ainsi envisagé, le parasitisme pourrait sans doute se résumer, comme le suggère le Président Louis Vogel, à une sorte de « *forme aggravée de concurrence déloyale* »¹³³¹. Il serait toutefois décevant que l'utilisation de la notion de parasitisme se limite à une simple différence d'intensité avec l'action en concurrence déloyale. En matière de protection des réseaux de franchise, certaines décisions – quoique rares – témoignent toutefois de l'intérêt et des potentialités du concept de parasitisme.

2. Une utilisation ne conduisant que rarement à des solutions spécifiques

625. **Imitation sans confusion.** Le plus souvent, la notion de parasitisme sera utilisée pour protéger le savoir-faire de la franchise, en ce qu'il a de plus anodin et secret, mais aussi de plus original. Il s'évince alors une forme de distinction entre concurrence déloyale par imitation et parasitisme quant aux éléments protégés. L'action en concurrence déloyale pour confusion suppose nécessairement une certaine visibilité de l'objet imité aux yeux de la clientèle. C'est précisément car il est visible et connu des clients de la victime que l'imitation du signe distinctif est susceptible de générer une confusion et donc un préjudice. Très classiquement, la concurrence déloyale protège les signes distinctifs, la publicité ou encore les produits de l'entreprise¹³³². En revanche, à défaut de jouir d'une certaine visibilité aux yeux de la clientèle, l'imitation est parfaitement insusceptible de créer une confusion dans l'esprit de celle-ci et donc d'en conduire une part à se détourner de la victime de l'imitation. Aux yeux de la concurrence déloyale,

1327 C.A. Lyon, 17 février 2000, SARL Holsab c/ SARL Tchipe, JurisData n° 2000-123572.

1328 C.A. Grenoble, 10 mars 1998, Sté Hairline c/ Sté Formaholt, JurisData n° 1998-045725.

1329 V. notamment Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 125 et s.

1330 P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2013, n° 7114.

1331 G. Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, 19^e éd., Tome 1 – Volume 1, L.G.D.J., 2010, n° 753.

1332 Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 125 et s.

le préjudice et, à supposer celui-ci établi, le lien de causalité semblent donc difficiles à établir dans le cadre de l'imitation d'un élément de l'entreprise non visible de la clientèle, relevant de l'organisation interne.

626. Utilisation du savoir-faire. L'intérêt du parasitisme économique est alors particulièrement prégnant dans la mesure où il permet de sanctionner de tels comportements, même s'ils n'engendrent pas automatiquement et directement une perte de clientèle pour leurs victimes. Est ainsi sanctionnée, sur le fondement de la théorie des agissements parasitaires, l'imitation par un agent immobilier du modèle de fiches de présentation des biens en portefeuille¹³³³. Ces fiches de présentation, d'usage strictement interne, ne sont pas accessibles à la clientèle et leur imitation n'est donc pas de nature à générer un quelconque risque de confusion. Pour autant, elle est sanctionnée au titre de la théorie du parasitisme dans la mesure où elle revient à utiliser, sans autorisation et sans bourse délier, les travaux et investissements d'autrui. En utilisant le modèle de fiche élaboré procédant de l'expérience du réseau, le concurrent profite indûment du savoir-faire et en tire un avantage concurrentiel anormal.

627. Appropriation d'une valeur économique. Un jugement du tribunal de commerce de Paris est particulièrement pédagogique à cet égard en établissant un parallèle aussi intéressant qu'inédit. Constatant qu'un concurrent s'était très largement inspiré du concept développé par un réseau de franchise, la décision relève que celui-ci « *s'est ainsi approprié sans bourse déliée [sic] une valeur économique* »¹³³⁴. Or cette valeur économique n'est autre que la raison pour laquelle les franchisés du réseau acceptent de payer des redevances : il s'agit même de la cause objective de leur obligation. Dès lors, le mode d'appropriation « normal » de cette valeur économique aurait été de souscrire un contrat de franchise auprès du créateur du concept. Il n'en faut pas davantage aux magistrats consulaires pour considérer que la perte du franchiseur réside ainsi dans « *la perte d'une chance de conclure le contrat de franchise* »¹³³⁵. Le raisonnement n'est probablement pas des plus orthodoxes et l'on pourrait arguer que la décision passe un peu vite sur le lien de causalité entre la supposée perte de chance et les agissements parasitaires¹³³⁶. Il n'en demeure pas moins que ce jugement a pour principal mérite de mettre en lumière ce qui fait la singularité et l'intérêt principal de la notion de parasitisme en matière de franchise : la possibilité de sanctionner, non pas la création d'un dommage,

1333 C.A. Orléans, 31 mars 2011, SARL Goodwill Trader c/ SAS Michel Simond Développement, JurisData n° 2011-009947.

1334 T. com., Paris, 8 avril 2011, Sté Marc Dorcel c/ SARL Consol Games, JurisData n° 2011-034771

1335 Ibid.

1336 Il faut toutefois remarquer que des pourparlers avaient été engagés entre le franchiseur et celui qui apparaissait, au moins aux yeux de ce dernier, comme un franchisé potentiel. Toutefois, même sur le fondement de la rupture abusive des pourparlers, il est a priori impossible d'indemniser la victime « *de la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (Cass. Com., 26 novembre 2003, Alain Manoukian c/ Stuck, n° 00-10.243 et 00-10.949, D., 2004, p. 869, note Dupré-Dallemagne, *RTD civ.*, 2004, n° 1, p. 80, note Mestre et Fages, *Comm. com. électr.*, 2004, n° 3, p. 33, note Stoffel-Munck, *RTD com.*, 2004, n° 2, p. 187, note Deshayes, *RDC*, 2004, n° 2, p. 257, note Mazeaud, *Rev. sociétés*, 2004, n° 2, p. 325, note Mathey, *JCP G*, 2004, n° 39, p. 1627, note Viney).

mais bien l'obtention d'un avantage indu. Là où la concurrence déloyale sanctionne l'appauvrissement anormal de la victime, le parasitisme autorise à sanctionner l'enrichissement injustifié de l'auteur.

628. Raisonner ainsi du point de vue de l'auteur des agissements supposés parasitaires permet encore d'expliquer la position classique au terme de laquelle la reprise par un tiers d'un savoir-faire ou d'un concept sans réelle originalité n'est pas sanctionnable. En pareille hypothèse, il n'existe aucun enrichissement particulier du concurrent qui ne bénéficie d'aucun avantage concurrentiel à utiliser des méthodes connues de tous. C'est ainsi que ne commet pas d'acte de concurrence parasitaire le concurrent d'un réseau de franchise qui utilise le concept de ce dernier consistant simplement en « *la vente de sandwiches coupés en triangle* »¹³³⁷ ; concept insuffisamment original pour permettre un enrichissement particulier.

629. Possibilité d'une sanction per se de la revente parallèle. Le parasitisme pourrait encore ouvrir des perspectives particulièrement stimulantes en matière de revente hors réseau par un distributeur parallèle. En droit positif, seul l'approvisionnement illicite est susceptible de sanction sur le fondement de la concurrence déloyale ou de l'article L. 442-6 du Code de commerce¹³³⁸. Or, le profit que le revendeur parallèle tire de son comportement est parfaitement identique qu'il se soit approvisionné en participant à la violation d'une exclusivité ou, au contraire, qu'il ait acheté ses marchandises auprès d'un revendeur non tenu d'une telle exclusivité. Il tire, en toutes hypothèses, profit de la notoriété du réseau et des investissements que celle-ci a supposés sans en supporter aucune charge, notamment financière. Poussé à l'extrême, un tel raisonnement pourrait aboutir à la sanction systématique de la revente hors réseau qui, par nature, se fait dans des conditions différentes de celles imposées par le promoteur de la marque.

630. La Cour d'appel de Paris a esquissé l'amorce d'un tel raisonnement en sanctionnant une « *diffusion qui s'est affranchie des contraintes pesant sur les membres du réseau de distribution sélective, tout en bénéficiant de leurs investissements et de leurs efforts pour assurer le renom de la marque* »¹³³⁹. La motivation est originale en ce qu'elle se distingue de la solution classique qui impose d'identifier une atteinte à l'image de

1337 C.A. Paris, 19 mai 2010, n° 2010-011841.

À l'inverse, a pu être considéré comme constitutif de parasitisme « *le fait de reproduire les caractéristiques essentielles d'un réseau de franchise, c'est-à-dire les emballages, les produits vendus, la pratique de prix d'appel, la devanture du magasin couleur vert d'eau, et la présentation des fleurs* » (C.A. Paris, 3 octobre 2002, SARL Pétale de rose c/ SA Au nom de la rose, JurisData n° 2002-191447). La solution n'a toutefois rien d'innovant au regard des règles applicables en matière de concurrence déloyale par confusion.

1338 V. supra, n° 559 et s.

Par exemple Cass. Com., 18 octobre 1994, Time and Diamonds et autres c/ Monting, n° 92-21.187 et 93-10.219, JurisData n° 1994-002027, D., 1995, somm. p. 261, obs. Serra, *JCP G*, 1995, I, 3853, obs. Viney, D., 1996, jurispr. p. 311, note Krimmer.

1339 C.A. Paris, 8 juin 2005, SA LCJ Diffusion c/ SA La Roche Posay, JurisData n° 2005-275305.

marque ou à la notoriété du réseau du fait de la revente parallèle¹³⁴⁰. Le parasitisme permet de s'affranchir du débat quant au préjudice subi par le réseau et autorise à se concentrer sur les seuls avantages tirés par le tiers de la revente parallèle. Cette approche a été reprise par diverses juridictions du fond. Ainsi, le Juge des référés près le Tribunal de grande instance de Strasbourg a-t-il pu sanctionner un revendeur parallèle par internet, sur le fondement du parasitisme, en estimant que celui-ci « *se place nécessairement dans une situation plus favorable que les distributeurs agréés, tout en se plaçant dans le sillage de la notoriété des produits [de la marque]* »¹³⁴¹. Or, comme le remarque fort justement l'annotateur de cette décision : « *n'est-ce pas le propre de la plupart des revendeurs parallèles que de ne pas se soumettre à l'intégralité des exigences requises des revendeurs agréés ?* »¹³⁴². Les potentialités du parasitisme en matière de sanction de la revente hors réseau sont donc particulièrement importantes, quoique la jurisprudence n'en fasse qu'une application parcimonieuse et respectueuse des solutions acquises sur des fondements plus classiques.

631. Il faut d'ailleurs relativiser la singularité de telles décisions qui mettent l'accent sur l'appropriation indue de la notoriété du réseau sur le fondement du parasitisme dans la mesure où un tel raisonnement peu parfaitement être mené sur le seul fondement de la concurrence déloyale. En témoigne un arrêt relativement ancien de la Cour d'appel de Paris rendu en matière de parfumerie de luxe, lequel énonce qu'est constitutif de concurrence déloyale « *le fait de vendre sur catalogue, se dispensant donc du coût de l'organisation d'un service de conseil et en profitant de la publicité effectuée par le fabricant sans en supporter les frais* »¹³⁴³ sans faire la constatation que cette vente sur catalogue était préjudiciable au titulaire de la marque¹³⁴⁴.



632. L'appréhension de la concurrence des tiers à l'égard du réseau est donc d'une parfaite orthodoxie. Alors qu'il peine à intégrer de façon pleinement satisfaisante le problème de la revente parallèle, le droit de la concurrence déloyale s'accommode fort bien des spécificités du réseau, dont il organise une protection globalement efficace s'agissant des cas « classiques » de concurrence déloyale. Si certaines décisions des juges du fond peuvent sembler surprenantes, elles relèvent toutefois de l'anecdote et sont inévitables compte tenu du pouvoir d'appréciation important conféré, en pareille matière, aux juges du fait. On peut, en revanche, être fort déçu de l'utilisation timide,

1340 V. supra, n° 573 et s.

1341 T.G.I. Strasbourg, 8 janvier 2008, Puma France c/ Over Stock, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 4, comm. 55, note Chagny.

1342 M. Chagny, note sous T.G.I. Strasbourg 8 janvier 2008, *Comm. com. électr.*, 2008, 44, comm. 55.

1343 C.A. Paris, 4 avril 1991, AGS Diffusion c/ Parfums Loris Azarro, *JurisData* n° 1991-022818, *Cont. conc. consom.*, 1991, comm. 164, obs. Vogel.

1344 Les deux questions sont cependant indissociablement liées si bien qu'une telle constatation aurait relevé de la simple clause de style.

voire convenue, de la notion de parasitisme. Celle-ci aboutit, dans l'immense majorité des décisions étudiées, à un résultat similaire à celui qui aurait pu être obtenu dans le cadre de l'action en concurrence déloyale. Le parasitisme économique offrirait pourtant d'importantes perspectives en matière de protection du réseau. En matière de protection du savoir-faire notamment, le parasitisme permet, comme l'a souligné un auteur, d'avancer de « *folles idées sur les idées* »¹³⁴⁵.

SECTION II. LE PEU D'ORIGINALITÉ QUANT AUX TITULAIRES DE L'ACTION

633. La protection du réseau des agissements déloyaux des tiers se fait ainsi par des mécanismes on ne peut plus classiques, et ne présente que peu d'originalité quant aux éléments protégés et à la méthode de protection. L'organisation en réseau de franchise amène cependant une autre interrogation, plus spécifique, quant au titulaire de l'éventuelle action. Si le réseau demeure le bien du franchiseur, qui doit à ce titre le protéger des atteintes concurrentielles des tiers **(I)**, les franchisés se voient reconnaître une certaine marge d'initiative dans la mise en œuvre de cette protection **(II)**.

I. LE FRANCHISEUR, GARDIEN DE L'UNITÉ DU RÉSEAU

634. Indéniablement, en tant que propriétaire du réseau, le franchiseur dispose du pouvoir de le défendre, notamment par le biais de l'action en concurrence déloyale **(A)**. Au-delà de cette lapalissade, il convient toutefois de préciser que, ce qui pourrait apparaître initialement comme un pouvoir ou une faculté se transforme, sous l'influence des relations contractuelles nouées avec les franchisés, en une obligation et un devoir **(B)**.

A. Le pouvoir du franchiseur de défendre le réseau

635. Distinction selon la qualité du détracteur. Pour aborder cette question, il convient de se positionner dans l'hypothèse où un tiers viendrait à se rendre coupable d'actes de concurrence déloyale envers l'un des membres du réseau, voire de celui-ci en son entier notamment par le biais d'une reproduction fautive de la plupart des signes distinctifs et du savoir-faire. La question affleure alors de savoir qui peut et doit

¹³⁴⁵ P. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 2, p. 8 et s.

Nous avons cependant précisé plus haut qu'une protection accrue du savoir-faire ne paraissait pas être d'une imprieuse nécessité.

prendre l'initiative de mener une action à l'encontre de ce concurrent indélicat. La doctrine aborde souvent le problème en terme d'obligation pour le franchiseur. Celui-ci aurait le devoir de défendre le réseau¹³⁴⁶, puisqu'il en est l'organisateur, le promoteur et peut-être même le propriétaire. S'interroger sur l'existence d'une obligation à la charge du franchiseur présuppose que celui-ci ait le droit d'exercer une telle action. Pourtant, la question est loin de relever de l'évidence : s'il est acquis que la plupart des signes distinctifs qu'il convient de protéger sont la propriété du franchiseur, la clientèle attaquée est d'abord celle du ou des franchisés¹³⁴⁷. Sans doute la réponse doit encore être nuancée en fonction de la voie procédurale choisie pour assurer la défense du réseau, qu'il s'agisse par exemple du droit de la propriété intellectuelle ou de la concurrence déloyale. Une ultime distinction s'impose en outre selon la qualité de l'auteur de l'atteinte au réseau. Que ce dernier soit également membre du réseau implique nécessairement que le franchiseur aura la possibilité de le sanctionner, sur le fondement contractuel¹³⁴⁸. La question se pose en des termes radicalement différents lorsque le tiers est un « *penitus extranei* », véritable concurrent du réseau sans lien contractuel avec le franchiseur.

636. Propriété intellectuelle. Sur le terrain de la propriété intellectuelle, et plus précisément celui du droit des marques, le principe est encore relativement clair. L'article L. 716-1 du Code de la propriété intellectuelle pose en effet le principe selon lequel l'action en contrefaçon appartient au propriétaire de la marque. En tant que tel, il est donc clair que le franchiseur dispose du pouvoir d'agir contre un tiers usurpant la marque du réseau sur le fondement de l'action en contrefaçon¹³⁴⁹. La principale et ultime difficulté se rencontre donc lorsque le franchiseur entend agir à l'encontre d'un tiers au réseau sur le fondement de la concurrence déloyale. Nous avons pu recenser deux arrêts s'intéressant de près à cette hypothèse, lesquels énoncent des solutions radicalement opposées, témoignant si besoin était de la difficulté de la question.

637. Irrecevabilité de l'action en concurrence déloyale du franchiseur. Une première affaire opposait les sociétés Serge Blanco et Burton, toutes deux spécialisées dans la création et la distribution de vêtements prêt-à-porter. La société Serge Blanco reprochait à la société Burton une concurrence déloyale, par la commercialisation de sweat-shirts revêtus de la marque « 15 », susceptibles, selon la requérante, de créer une confusion dans l'esprit du public avec la marque figurative qu'elle avait déposée. La société Serge Blanco, propriétaire de la marque « 15 », avait toutefois concédé l'exploitation de cette marque à une société tierce, laquelle avait elle-même concédé des

1346 V. infra, n° 639 et s.

1347 V. supra, n° 232.

1348 La question a été abordée n° X. V. en ce sens, s'agissant de concessionnaires, Cass. Com., 9 juillet 1996, Ford c/ Rouby, n° 94-16.655, JurisData n° 1996-003351, *PIBD*, 1997, III, p. 165.

1349 Pour une illustration, v. Cass. Com., 12 mars 2002, Sté Troc de l'Île c/ Sté Nicolas, n° 99-14.762, JurisData n° 2002-013658 : Inédit.

En ce sens, v. également F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 257.

sous-licences, et mis en place un circuit de distribution organisé en réseau de franchise. Certes, le requérant n'était donc par le franchiseur mais uniquement le propriétaire de la marque, le rôle de franchiseur ayant été concédé à son licencié. Cette légère spécificité n'ôte rien aux enseignements de l'arrêt. La Cour d'appel de Paris rejette en effet l'action en concurrence déloyale et parasitaire aux motifs que les sociétés franchisées « *sont seules recevables à agir en réparation du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale allégués* »¹³⁵⁰. Pour appuyer cette thèse, l'arrêt met en avant que les contrats conclus entre les différentes parties mentionnaient bien par une clause spécifique la possibilité pour Serge Blanco d'agir sur le fondement de la contrefaçon, sans faire mention de la possibilité d'une action en concurrence déloyale¹³⁵¹.

638. Recevabilité de l'action en concurrence déloyale du franchiseur. Saisie d'un litige similaire quelques années auparavant, la Cour d'appel de Versailles apportait pourtant une réponse toute différente. Un franchiseur reprochait cette fois à un concurrent de s'être installé à proximité directe de l'un de ses franchisés et de pratiquer des prix agressifs, de diffuser des messages publicitaires mensongers accompagnés de la promesse d'un remboursement de la différence de prix entre le produit vendu et un produit identique acquis à moindre prix. La Cour d'appel estime recevable l'action initiée conjointement par le franchisé et le franchiseur. Les magistrats versaillais estiment que l'attitude du concurrent est constitutive d'un « *acte de concurrence déloyale au préjudice de la société [franchisée] et de la société [du franchiseur], la première en ce qu'elle exploite directement la boutique concurrente et la seconde en ce qu'elle s'engage à permettre à ses franchisés la pratique de prix bas* »¹³⁵². La démarche intellectuelle adoptée par cet arrêt semble bien plus satisfaisante que celle proposée par la Cour d'appel de Paris. Il ne nous paraît en effet n'y avoir aucune raison d'exclure, a priori, le franchiseur de toute action en concurrence déloyale destinée à protéger l'un des membres de son réseau. La question se pose, non pas en terme de qualité à agir au sens procédural du terme, mais plutôt au niveau du bien-fondé de l'action. Sans doute est-il des hypothèses, marginales, où le franchiseur sera dans l'impossibilité de rapporter la preuve que la concurrence déloyale exercée par un tiers au détriment de l'un de ses franchisés lui cause un préjudice propre. Ceci implique uniquement que les conditions propres à engager la responsabilité du tiers ne seront pas, en l'espèce remplies, sans qu'aucune conséquence ne puisse en être tirée quant à sa capacité à agir et à défendre le réseau. Il nous semble donc clair, en dépit des quelques hésitations jurisprudentielles précédemment exposées, que le franchiseur a indéniablement le pouvoir de défendre le réseau, y compris lorsque les actes de concurrence déloyale sont en premier lieu ressentis par les franchisés. Sans doute a-t-il, au-delà, le devoir d'agir de la sorte.

1350 C.A. Paris, 12 janvier 2005, Blanco c/ Burton, JurisData n° 2005-260198.

1351 « *Les contrats versés aux débats prévoient que le concédant, Serge Blanco, engagera s'il le juge opportun les actions en contrefaçon auxquelles pourra se joindre le licencié sans que soit mentionnée la faculté d'agir en concurrence déloyale* » (ibid.).

1352 C.A. Versailles, 4 mars 1999, Pharma Beauté institut c/ GEPHAV, JurisData n° 1999-135154.

B. Le devoir du franchiseur de défendre le réseau

639. La doctrine, à l'instar du Professeur Philippe Le Tourneau enseigne que « *le titulaire du réseau, producteur, importateur ou grossiste, doit veiller à l'unité et à l'intégrité du réseau. Il a envers ses distributeurs, le devoir de défendre la cohérence du système et de l'ensemble* »¹³⁵³. De la même manière, on lit sous la plume de Maître François-Luc Simon qu'il « *incombe au franchiseur de réagir à l'encontre des tiers qui pourraient usurper l'usage de la marque ou de l'enseigne* »¹³⁵⁴. Ce principe est en effet d'application constante en jurisprudence depuis une décision de la Cour de cassation rendue en matière de concession automobile. Dans cet arrêt fondateur, le tiers n'en était d'ailleurs pas véritablement un, le trouble-fête n'étant autre qu'un concessionnaire membre du réseau. Le contrat avait par ailleurs la spécificité de comporter une clause précisant qu'en cas de conflit entre deux concessionnaires, notamment quant aux secteurs d'exclusivité, le concédant se réservait « *le droit d'apporter une solution au litige par toutes mesures pécuniaires ou autre qu'il jugerait utiles* »¹³⁵⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Agen s'était attachée à démontrer que le concédant avait une conception variable de l'usage qu'il convenait de faire de cette clause dans la mesure où certains concessionnaires – dont le requérant – étaient systématiquement sanctionnés en cas de violation de l'exclusivité, tandis que d'autres bénéficiaient d'une certaine impunité. La Cour d'appel avait ainsi estimé que de telles distorsions étaient de nature à engager la responsabilité contractuelle du franchiseur. Elle était approuvée par la Cour de cassation, par un arrêt de rejet du 9 juillet 1996 qui, eu égard aux spécificités précédentes, n'avait toutefois par les atours d'un arrêt de principe. La solution dégagée¹³⁵⁶ était néanmoins appelée à connaître un certain succès et une indéniable pérennité. Elle a, depuis lors, été maintes fois réaffirmée¹³⁵⁷ et la plupart des contrats de franchise prévoient aujourd'hui explicitement une telle obligation à la charge du franchiseur. D'aucuns considèrent même que cette obligation procède « *de l'essence du contrat de franchise* »¹³⁵⁸. Elle relève en toute hypothèse du devoir d'assistance qui incombe au franchiseur¹³⁵⁹.

1353 P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 249.

1354 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 256.

1355 Cass. Com., 9 juillet 1996, Ford c/ Roubly, n° 94-16.655, JurisData n° 1996-003351, *PIBD*, 1997, III, p. 165.

1356 La portée de l'arrêt du 9 juillet 1996 ne doit cependant pas être surestimée, des solutions analogues étant déjà connues des juridictions du fond. La Cour d'appel de Paris avait ainsi notamment pu constater en 1989 que le franchiseur avait un tel devoir de défense du réseau de franchise (C.A. Paris, 5 juin 1989, JurisData n° 1989-022699). En l'espèce, l'obligation était cependant explicitement prévue par le contrat.

1357 V. notamment C.A. Paris, 1er février 2006, Sté de Neuville c/ Sté Seznec, JurisData n° 2006-309721 ; C.A. Paris, 21 mai 1999, JurisData n° 1999-024685 ; C.A. Paris, 24 janvier 1997, JurisData n° 1997-020353.

1358 F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009, n° 232 et s.

1359 Sur cette notion, v. Le Tourneau 224 et s. Pour une décision effectuant explicitement ce rapprochement, v. C.A. Paris, 1er février 2006, Sté de Neuville c/ Sté Seznec, JurisData n° 2006-309721. D'autres décisions raisonnent sur le terrain de la « jouissance paisible », par analogie avec le contrat de louage (C.A. Paris, 24 janvier 1997, JurisData n° 1997-020353).

640. Opportunité de l'action. Naturellement, le franchiseur n'aura l'obligation d'agir qu'à la condition que les tiers se rendent coupable de concurrence déloyale et non lorsque les attaques de ces derniers à l'encontre du réseau ne relèvent que du simple jeu de la concurrence¹³⁶⁰. La solution, pour logique qu'elle soit, impose toutefois que le franchiseur se fasse, en amont, juge de ce qui est susceptible ou non de relever de la concurrence déloyale. Dans le même esprit, on pourrait ajouter que le préjudice des franchisés en cas d'inaction du franchiseur doit probablement être estimé à la mesure de la chance perdue de voir les agissements cesser et le préjudice du réseau indemnisé – c'est-à-dire *in fine* à proportion des chances de succès de l'action que le franchiseur aurait dû, selon eux, exercer¹³⁶¹.

641. Incitation aux comportements procéduriers. Cette solution aboutit au paradoxe selon lequel un franchiseur prudent est un franchiseur téméraire... Pour se prémunir d'une éventuelle action des membres de son réseau, la prudence commandera en effet au franchiseur d'agir contre les tiers en concurrence déloyale, quand bien même le succès de cette action pourrait n'être qu'aléatoire et celle-ci relativement hasardeuse. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1997¹³⁶² illustre à merveille cette situation. Un contrat de franchise avait été conclu entre un distributeur de vêtements prêt-à-porter et un commerçant vichyssois. Ce dernier reprochait à la tête de réseau d'avoir, en dépit de ce contrat, continué à approvisionner en produits de la marque deux concurrents implantés dans la même ville et qui exerçaient sur son commerce franchisé une concurrence intense. Le franchiseur ne s'estimait pour sa part coupable d'aucune faute, n'ayant consenti aucune exclusivité au bénéfice de son franchisé. Plus encore, le franchiseur insistait sur le fait que la seule action propre à assurer au franchisé une jouissance « paisible » de la marque du réseau aurait été de refuser de vendre ses produits aux deux distributeurs concurrents. Or, les faits se déroulant avant 1996, ceci aurait impliqué de se rendre coupable de refus de vente, alors prohibé y compris entre commerçants¹³⁶³. Qu'importe : le franchiseur aurait dû sacrifier ses propres intérêts à ceux de son franchisé et cesser d'alimenter les distributeurs concurrents, au risque de voir engagée sa propre responsabilité. Ne le faisant pas il a, pour les magistrats parisiens, commis un manquement contractuel à l'égard de son franchisé¹³⁶⁴. Une telle solution se situe probablement au-delà du solidarisme contractuel pour verser dans la philanthropie juridique. On remarquera toutefois qu'un franchiseur diligent aurait sans doute pris la peine d'informer son franchisé avant la conclusion du contrat sur

1360 C.A. Paris, 21 mai 1999, JurisData n° 1999-024685.

1361 Certaines décisions indemnisent cependant l'entier préjudice des franchisés en prenant pour base la perte d'exploitation subie par eux (C.A. Paris, 1er février 2006, Sté de Neuville c/ Sté Seznec, JurisData n° 2006-309721).

1362 C.A. Paris, 24 janvier 1997, JurisData n° 1997-020353.

1363 Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, article 36, 2° , *JORF* 9 décembre 1986, p. 14773.

1364 « qu'il n'est pas contesté que [...] la société [franchiseur] a reculé devant le refus de vente qui s'avérait le seul moyen de faire cesser le trouble apporté à l'exploitation de la franchise concédée par la publicité agressive d'un concurrent » (C.A. Paris, 24 janvier 1997, JurisData n° 1997-020353).

l'existence de contrats de fournitures avec la concurrence et l'aurait alerté des risques qu'impliquait cette situation pour l'exploitation de son propre commerce.

642. Paradoxe. L'étude de ces quelques décisions des juges du fond met en exergue la singularité de la position du franchiseur auquel le droit positif impose avec plus de force un devoir qu'il ne lui reconnaît le pouvoir d'y faire face. Au final, c'est une véritable obligation de garantie¹³⁶⁵ qui semble peser sur ce dernier, en toute cohérence avec l'esprit du contrat de franchise dont l'objet demeure de faire bénéficier le franchisé d'un avantage concurrentiel sur un commerçant indépendant.

II. LE POUVOIR D'INITIATIVE MARGINAL DES FRANCHISÉS

643. Face à l'omnipotence du franchiseur en matière de défense du réseau, le rôle des franchisés est réduit à la portion congrue. Dans un souci compréhensible d'unité et de cohérence, la possibilité d'engager individuellement et unilatéralement une action contre un éventuel fauteur de trouble est extrêmement réduite (**A**), si bien que leur principal recours reste de se tourner – voire de se retourner – vers ou contre le franchiseur (**B**).

A. La difficulté de défendre le réseau à titre individuel

644. Action ut singuli des franchisés ? La problématique se pose en ces termes : face à l'inaction de son franchiseur, voire prenant les devants de ce dernier, le franchisé victime d'un concurrent indélicat a-t-il la possibilité de prendre lui-même l'initiative de se défendre et, au-delà, de défendre l'ensemble du réseau ? En d'autres mots, le franchisé dispose-t-il, à l'instar de l'associé, d'une forme d'action *ut singuli* pour protéger l'intérêt du réseau ? Le raisonnement permettant de répondre à cette interrogation est similaire à celui qu'il nous a fallu mener s'agissant du franchiseur et conduit à distinguer en fonction de la nature de l'action entreprise et du droit à protéger.

645. Que la défense du réseau s'effectue sur le terrain du droit de la propriété intellectuelle et la réponse est donnée par l'article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle. Ce texte, après avoir formulé le principe logique selon lequel l'action en contrefaçon est exercée par le propriétaire de la marque indique que « *le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire du contrat si, après mise en demeure, le titulaire n'exerce pas ce droit* »¹³⁶⁶. Il résulte de ce texte que l'action du franchisé en contrefaçon ne peut qu'avoir un rôle subsidiaire à celle

1365 Laquelle n'est pas sans rappeler la garantie de jouissance paisible du bailleur. Sur la notion d'obligation de garantie, v. B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse : Nancy, 1964.

1366 Article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle créé par la loi du 1^{er} juillet 1992.

du franchiseur qui doit préalablement avoir été mis en demeure d'agir. Elle n'est par ailleurs que facultative dans la mesure où la tête de réseau aura toute latitude pour se réserver contractuellement cette faculté ou, plus fréquemment, en aménager les modalités. Le pouvoir d'initiative du franchisé, sur le terrain du droit des marques, est donc relativement limité.

646. Possibilité envisagée par les lignes directrices. Un pas dans le sens d'une plus grande marge d'initiative du franchisé en la matière a toutefois été franchi par les lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000. Ces dernières indiquent en effet qu'est couverte par le règlement d'exemption « *l'obligation pour le franchisé d'informer le franchiseur des contrefaçons des DPI octroyés sous licence, d'intenter une action contre les contrefacteurs ou d'assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur* »¹³⁶⁷. L'hypothèse envisagée est donc le strict opposé de celle prévue par l'article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle. Si le franchiseur peut se réserver exclusivement le droit d'agir en contrefaçon, il peut tout aussi légalement déléguer intégralement cette faculté à ses franchisés.

647. S'agissant de l'action en concurrence déloyale, il n'existe naturellement pas de texte législatif fixant les titulaires de l'action. Le raisonnement doit donc être mené par rapport aux principes classiques de la procédure civile et du droit des obligations. La difficulté principale tient à ce que la jurisprudence classique exige, pour que l'action en concurrence déloyale puisse prospérer, « *l'existence [...] d'un préjudice souffert par le demandeur* »¹³⁶⁸. Faute de la preuve d'un tel préjudice personnel, l'action en concurrence déloyale quoique recevable¹³⁶⁹ doit être déclarée mal-fondée¹³⁷⁰. Appliquée au domaine des réseaux de franchise, cette jurisprudence permet d'apporter trois éléments de réponse à la problématique précédente.

648. D'une part, il résulte de ces principes généraux qu'il n'existe aucun obstacle s'opposant a priori à l'action du franchisé. La jurisprudence rappelle notamment que « *le licencié d'une marque, qui ne dispose pas personnellement d'un droit privatif sur le titre de propriété industrielle, est recevable à agir en concurrence déloyale et parasitaire, peu important que les éléments sur lesquels il fonde la demande soient les mêmes que ceux que*

1367 Comm., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2010, n° 45 e).

1368 Cass. Com., 23 mars 1965 : Bull. civ. III, n° 228. Dans le même sens, v. C.A. Versailles, 8 décembre 1994, *D.*, 1995, somm. 261, obs. Serra. V. également Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *in Rép. com. Dalloz*, 2010, n° 102 et s.

1369 C.A. Paris, 13 octobre 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, somm. 386. On sait toutefois que la distinction est souvent délicate entre intérêt à agir – condition de recevabilité – et préjudice à réparer (v. sur cette question H. Mazeaud, « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », *D.*, 1954, chron. 39).

1370 Cass. Com., 24 février 1987 : Bull. civ. IV, n° 58. Dans le même sens, Cass. Com., 29 mai 1967 : Bull. civ. III, n° 211 ; C.A. Pau, 22 mai 1985, *D.*, 1986, IR, 339, obs. Serra ; Cass. Com., 25 février 1992, *Sté tiare o huahine c/ sté SERTM*, n° 90-14.329 : Bull. civ. IV, n° 88. V. toutefois en sens contraire, Cass. Com., 17 janvier 1967, *RTD com.*, 1967, p. 152, obs. Chavanne.

le titulaire de la marque aurait pu opposer »¹³⁷¹. Il importe en revanche que le franchisé puisse établir qu'il dispose bien d'un droit d'usage légitime des signes distinctifs, des marchandises ou du territoire concédé dont il revendique la protection. Il a, à l'inverse, été jugé en matière de dénigrement que faute pour les franchisés de produire leurs contrats de franchise en vigueur à la date des faits litigieux, ces derniers « ne rapportent pas la preuve qui leur incombe de l'usage légitime de l'enseigne de ce franchiseur à l'époque de la parution de la publicité incriminée et du préjudice personnel qui a pu résulter pour elles de la parodie dénoncée »¹³⁷².

649. D'autre part, il est difficilement concevable que les agissements déloyaux d'un concurrent à l'égard du réseau ne créent aucun préjudice à un franchisé. La clientèle des consommateurs étant celle des franchisés, ils seront les premiers à souffrir d'une telle concurrence déloyale. Toutefois, tous les franchisés du réseau ne subiront peut-être pas ces agissements avec la même intensité. Qu'un risque de confusion soit créé avec un magasin franchisé à Bordeaux n'implique probablement pas l'existence d'un préjudice pour un franchisé lyonnais. En pareil cas, seuls le premier et le franchiseur seront ainsi bien-fondés à défendre le réseau sur le terrain de la concurrence déloyale. À l'inverse, à supposer que les agissements du concurrent prennent place sur internet, chaque franchisé sera susceptible d'en subir les conséquences néfastes et ainsi d'agir en concurrence déloyale.

650. En troisième lieu, l'exigence d'un préjudice propre est susceptible de freiner le franchisé dans ses prétentions indemnitaires. Naturellement, le préjudice subi par le réseau ne peut être que distinct de celui ressenti individuellement par le franchisé victime. Sans doute aussi, le préjudice du réseau est-il financièrement plus important. Faute pour le réseau de se voir reconnue une véritable consistance juridique¹³⁷³, il est impossible à un quelconque franchisé d'agir en réparation de ce préjudice – y compris en cas de carence du franchiseur. Il ne serait pourtant pas aberrant de reconnaître au franchisé un tel pouvoir d'initiative, lui permettant d'agir pour le compte du réseau – c'est-à-dire en l'état du droit positif, pour le compte du franchiseur. Le phénomène de réification du réseau¹³⁷⁴ est ici particulièrement prégnant : un tel mécanisme de représentation est actuellement inconcevable, sauf à admettre que le réseau n'est pas uniquement un bien et une valeur patrimoniale appartenant au franchiseur, mais également un ensemble de personnes dotées de la personnalité juridique et par là un sujet de droit. Une telle reconnaissance rendrait concevable la transposition d'un mécanisme connu dans d'autres groupements, telles les sociétés par le truchement de l'action *ut*

1371 Cass. Com., 22 mars 2005, Compagnie du grand large c/ Pen Duick n° 02-21.105, JurisData n° 2005-027784, *Cont. conc. consom.*, 2005, n° 7, p. 22, note Malaurie-Vignal, *Propr. intell.*, 2005, n° 16, p. 358, note Passa.

1372 C.A. Montpellier, 24 avril 2007, Sté Diapolo c/ C.H. Optic, n° 05/06228.

1373 Ce qui impliquerait de le considérer autrement qu'un simple bien appartenant au franchiseur et constituant un élément de son fonds de commerce (sur cette hypothèse, v. n° 526 et s.).

1374 Sur le fait que le réseau est avant tout un élément du fonds de commerce du franchiseur, v. n° 527 et s.

*singuli*¹³⁷⁵. En cette matière, l'article L. 225-252 du Code de commerce prévoit en effet que l'action sociale peut être exercée par les actionnaires, soit individuellement, soit par le biais d'une association. Le texte précise en outre que « *les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués* »¹³⁷⁶. Mutatis mutandis, le franchisé se verrait ainsi agir comme le « gérant d'affaires » procédural du franchiseur ce qui, en l'absence de disposition législative spécifique, se révèle précisément impossible comme étant contraire à l'article 31 du Code de procédure civile¹³⁷⁷.

B. La possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du franchiseur

651. L'obligation du franchiseur d'agir contre le tiers préjudicant au réseau ne fait guère de doute et est clairement dégagée par la jurisprudence¹³⁷⁸. Nul ne conteste donc, qu'à défaut, le franchisé dispose d'une action contractuelle contre la tête de réseau qui, défailant dans l'exécution de son obligation d'assistance, lui cause un préjudice certain. La question de l'évaluation du dommage subi par le franchisé peut susciter quelques interrogations, qui ont été précédemment évoquées sous l'angle de l'obligation du franchiseur et sur lesquelles il est donc inutile de revenir à ce stade de l'étude¹³⁷⁹. Du point de vue du franchisé, une autre question est cependant susceptible d'affleurer, concernant la possibilité d'une éventuelle exécution en nature de l'obligation du franchiseur. En d'autres termes, le franchisé peut-il ne pas se contenter d'une réparation pécuniaire, mais tout au contraire tenter de forcer le franchiseur à agir ? La réponse à cette problématique appelle une analyse en trois temps, dans la mesure où elle mobilise des règles propres au droit des obligations, à la procédure civile, voire aux libertés fondamentales.

652. Exécution en nature ? Sur le plan du droit des obligations, l'obligation d'assistance du franchiseur impliquant que ce dernier agisse contre les concurrents déloyaux du réseau n'est autre qu'une obligation de faire. La question d'une exécution forcée en nature renvoie donc fort classiquement à l'antienne de l'article 1142, de sa rédaction

1375 A la différence toutefois que l'action *ut singuli* n'a pas vocation à s'exercer à l'encontre des tiers, mais contre les dirigeants sociaux, quoiqu'il existe une forme d'autonomisation de cette action (pour l'exercice de l'action *ut singuli* à l'encontre de complices des dirigeants, v. Cass. Crim., 28 janvier 2004, n° 02-87.585, JurisData n° 2004-022446, D., 2004, p. 1447, note Matsopoulou).

1376 Article L. 225-252 du Code de commerce modifié par la loi du 15 mai 2001.

1377 La jurisprudence énonce en effet, au visa de l'article 31 du Code de procédure civile, que « nul ne saurait être contraint d'accepter un débat judiciaire engagé par un demandeur agissant comme gérant d'affaires » (en ce sens, Cass. Civ. 1re, 9 mars 1982, *RTD Civ.*, 1983, p. 193, obs. Perrot). Il avait toutefois un temps été jugé que rien ne subordonnait la validité de l'action intentée par le gérant d'affaires à l'acceptation des débats par le tiers contre lequel elle est exercée (Cass. Civ. 1ère, 21 décembre 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, 2, 398 note Perrot).

1378 V. supra, n° 639.

1379 V. supra, n° 637 et s.

malheureuse et des hésitations jurisprudentielles qui ont pu en découler¹³⁸⁰. En dépit de l'amenuisement progressif de la portée de l'article 1142 – dont l'aboutissement pourrait être la réforme du droit des obligations¹³⁸¹ – on peut douter que la jurisprudence accepte de forcer un franchiseur à diligenter, par exemple sous astreinte, une action envers un concurrent. En effet, si l'action en justice est un droit, son exercice relève tout autant de la liberté individuelle du créancier. L'obligation d'assistance du franchiseur est donc d'un maigre secours au franchisé victime d'un concurrent indelicat. Il n'est cependant pas certain que celui-ci doive se résoudre à la passivité et à un simple traitement « curatif » provenant d'une action postérieure en dommages et intérêts contre la tête de réseau défaillante.

653. Intervention forcée. Rien n'empêche en effet le franchisé d'initier la procédure, sa qualité et son intérêt à agir étant difficilement contestables¹³⁸², et d'y attirer en intervention forcée le franchiseur dans les conditions des articles 331 et suivants du Code de procédure civile. Certes, un tel procédé ne revient pas à obtenir l'exécution forcée de l'obligation du franchiseur, dans la mesure où celui-ci reste maître des moyens qu'il développera au cours de l'instance. Il est toutefois peu probable qu'ainsi attiré à la cause, le franchiseur se contente d'y faire de la figuration.



654. Cette section avait été ouverte sur une question des plus pragmatiques : qui, du franchiseur ou des franchisés, est supposé agir pour défendre le réseau des attaques de ses concurrents. À cette question simple, la réponse n'est pas évidente. Ainsi, il existe en jurisprudence un certain flottement quant à la recevabilité de l'action en concurrence

1380 Une doctrine ancienne, confortée par la lettre de l'article, conduisait en effet à l'exclusion de toute mesure d'exécution forcée pour les obligations de faire, impliquant par là que les obligations de faire se transforment en « obligations alternatives, le débiteur disposant d'une option entre l'exécution en nature et l'exécution en équivalent » (P. Simler, « Contrats et obligations – Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », Fascicule n° 1136 à 1145, in *J.-Cl. Civil Code*, 2011).

Le principe contraire est aujourd'hui clairement affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle enseigne en somme que l'exécution en nature est un droit pour le créancier à chaque fois qu'elle n'est pas impossible ou qu'elle n'entrave pas excessivement la liberté individuelle du débiteur (Cass. Civ. 1ère, 16 janvier 2007, n° 06-13.983 : Bull. civ. 2007, III, n° 19, *JCP G*, 2007, I, 161, obs. Mekki, *D.*, 2007, p. 1119, note Gout *RTD civ.*, 2007, p. 342, obs. Mestre et Fages *RDC*, 2007, n° 3, p. 719, obs. Mazeaud, *Contrats, conc. consom.*, 2007, comm. 144, obs. Leveneur ; Cass. Civ. 3e, 17 janvier 1984, *RTD civ.*, 1984, p. 711, obs. Mestre ; Cass. Civ. 3e, 19 février 1970 : Bull. civ. 1970, III, n° 123 *Gaz. Pal.*, 1970, 1, p. 282, *RTD civ.*, 1970, p. 785, obs. Durry). C'est également ce qu'enseigne la doctrine contemporaine (J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, 2008, I, 143 ; A. Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G*, 2008, I, 210).

1381 Le principe de l'exécution en nature des obligations de faire est affirmé comme une des priorités du projet de réforme de la Chancellerie (F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008).

1382 V. supra, n° 648.

déloyale du franchiseur à l'encontre du tiers. Il est vrai que la clientèle visée pas les actes de concurrence déloyale n'est pas directement celle de la tête de réseau, mais bien celle des franchisés. On voit cependant mal comment le franchiseur pourrait, par principe, être écarté de l'action en concurrence déloyale – d'autant plus que le contrat de franchise fait peser sur lui une obligation de garantie à ce propos à l'égard des franchisés. La solution s'impose d'autant plus que les franchisés n'ont au final qu'un pouvoir d'initiative marginal qui, s'il leur permet d'agir, les autorise rarement à solliciter l'indemnisation de l'entier préjudice souffert par l'intégralité du réseau.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

655. Espoirs déçus. Aussi, ce chapitre s'achève sur des espoirs déçus. Au final, la protection du réseau n'offre pas grande spécificité au regard du droit commun. De ce fait, l'influence du droit de la concurrence sur les rapports entre les tiers et le réseau est, sinon faible, à tout le moins peu typique. Ce constat s'explique logiquement s'agissant des cas les plus courants de concurrence déloyale, qui entrent facilement dans la typologie établie par Roubier. En pareil cas, le fait que la victime des agissements soit un réseau de franchise n'implique, en soi, aucune adaptation des principes juridiques classiques, qui demeurent parfaitement pertinents.

656. Utilisation décevante du parasitisme. À l'inverse, la déception est plus grande lorsque l'on se tourne vers l'usage qui est fait de la notion de parasitisme. De prime abord, on pourrait en effet penser que celle-ci ait vocation à combler les lacunes de l'action en concurrence déloyale. Son attrait est en outre tout particulier en matière de franchise, dans la mesure où des notions difficilement saisissables, telles la réputation, l'image de marque, ou le savoir-faire sont en cette matière capitales. Or, le parasitisme se propose notamment de prendre en compte de tels éléments en sanctionnant les comportements consistant à « *se nourrir de l'effort intellectuel ou économique d'autrui* »¹³⁸³. Force est malheureusement de constater que cet ambitieux pari n'est manifestement pas atteint s'agissant des réseaux de franchise. L'étude de la jurisprudence démontre en effet que les solutions obtenues sur le fondement du parasitisme ne diffèrent que très rarement de celles qui auraient pu être obtenues via la mobilisation classique de l'action en concurrence déloyale.

657. Nécessaires aménagements quant aux titulaires de l'action. De même, on peut nourrir certains regrets s'agissant des personnes titulaires du droit d'action. L'organisation pyramidale du réseau et l'intérêt commun à tous ses membres autoriserait à imaginer un système où chacun aurait la possibilité de veiller à la cohérence de

1383 J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, n° 3.

l'ensemble. Or, le droit positif affirme très clairement l'obligation pour le franchiseur de veiller à cette cohérence et lui impose l'obligation d'agir contre tout tiers malveillant. Pourtant, certaines décisions constatent dans le même temps que son action ne saurait prospérer, faute de préjudice propre subi par lui¹³⁸⁴. Plus paradoxalement encore, le pouvoir d'initiative des franchisés n'est pas total, et il leur reste difficile de supplanter l'éventuelle inaction du franchiseur dans l'hypothèse où ce dernier se révélerait défaillant à défendre le réseau. Il conviendrait cependant que les franchisés, à l'instar des associés en droit des sociétés, puissent passer outre la carence de la tête de réseau. Le règlement d'exemption incite à la stipulation de clause allant en ce sens, seul moyen – faute d'intervention législative – de parvenir à ce résultat¹³⁸⁵.

1384 V. notamment C.A. Paris, 12 janvier 2005, Blanco c/ Burton, JurisData n° 2005-260198.

1385 V. supra, n° 645.

Conclusion du Titre I

658. Adaptation prétorienne aux spécificités du réseau. Si l'influence du droit de la concurrence sur les relations entre les tiers et le réseau de franchise est loin d'être nulle, il est toutefois permis d'affirmer qu'elle est peu singulière. Ceci a pour conséquence inévitable une relative inadaptation des règles applicables aux spécificités du réseau. Pourtant, le droit de la concurrence déloyale, principal à être mobilisé, fait preuve d'une grande souplesse et la jurisprudence est parvenue, dans nombre de cas en adaptant les concepts aux besoins particuliers de la protection du réseau. Ces ajustements autorisent ainsi une protection satisfaisante du réseau contre les agissements déloyaux des tiers, lorsqu'ils recourent de près ou de loin les cas « classiques » de concurrence déloyale. Ainsi, les cas de confusion, de dénigrement ou de désorganisation au préjudice du réseau sont parfaitement appréhendés. Il faut toutefois remarquer qu'ils ne présentent que des différences marginales avec l'hypothèse où la victime est, non pas un réseau, mais un commerçant classique. C'est d'ailleurs, non point le réseau en tant que tel, mais souvent un franchisé particulier, ou le franchiseur lui-même, qui sont visés individuellement.

659. Limites de l'adaptation prétorienne. En revanche, la mobilisation des concepts classiques, forgés pour des commerçants indépendants, montre ses limites quand il s'agit de protéger le réseau en tant qu'entité spécifique. Cette difficulté ne surprend pas, dans la mesure où le principe de l'effet relatif des contrats semble empêcher toute réelle opposabilité du réseau. Faute pour celui-ci d'être sujet de droit et, a minima, d'être considéré en tant que tel comme une construction juridique digne de protection, le droit de la concurrence ne peut en organiser une protection efficace. Cette protection lacunaire est particulièrement visible en matière de protection contre la revente parallèle où, malgré les efforts de la jurisprudence – notamment sur le plan probatoire – la préservation du réseau semble insuffisante. Seule une pleine opposabilité, qui pourrait être obtenue par la publication sur un registre public de l'appartenance des affiliés au réseau de franchise, serait de nature à donner au réseau la

consistance qui lui est reconnue par d'autres branches du droit de la concurrence¹³⁸⁶. Il est en effet paradoxal que les réseaux en soient réduits à des procédés primaires tel le marquage des emballages afin de se protéger contre la revente parallèle, alors que leur existence et leur utilité sont admises par ailleurs par le droit de la concurrence. À cet égard, il nous paraît nécessaire que la faute du revendeur parallèle s'infère du fait même de la distribution des produits de marque en s'affranchissant des contraintes habituelles imposées aux distributeurs officiels. De même, quoique dans une moindre mesure, les difficultés du droit de la concurrence à assurer une réelle prise en compte du réseau se remarquent au plan procédural lorsqu'il s'agit de déterminer les personnes aptes à engager les poursuites à l'encontre d'un concurrent indélicat. Faute d'une organisation légale du pouvoir d'action au sein du réseau, les solutions prétoriennes sont parfois surprenantes et, en tout état de cause, loin d'être homogènes. Le droit des sociétés pourrait être une source d'inspiration permettant, tout en conservant le pouvoir d'initiative aux mains du franchiseur, de pallier son éventuelle carence par une action similaire à l'action *ut singuli* intentée par l'un des franchisés.

1386 Au premier rang desquelles le droit des ententes.

Sur la proposition d'une publication de l'appartenance à un réseau au Registre du commerce et des sociétés, v. supra, n° 570 et s.



TITRE II

LA SANCTION DES COMPORTEMENTS ABUSIFS DU RÉSEAU PRÉJUDICIALES AUX TIERS

660. David contre Goliath. Alors que le droit de la concurrence peine à saisir les spécificités du réseau lorsqu'il s'agit de le protéger contre la concurrence des tiers, on peut se demander s'il en est de même lorsque la situation opposée se présente. Comment le droit de la concurrence est-il à même d'influer sur les rapports entre le réseau et les tiers aux contrats de franchise – que ces derniers soient des concurrents directs ou qu'ils opèrent sur des marchés différents, notamment en tant que fournisseurs. On retrouve ici, du point de vue économique, une problématique similaire à celle qui a été abordée dans la première partie de notre étude. L'effet de concentration induit par le regroupement de commerçants indépendants constituant le réseau de franchise peut faire craindre un écrasement des tiers, comme il peut faire craindre une oppression du franchisé dans les rapports entre les parties.

661. Problème récurrent. Or, une telle puissance du réseau peut faire craindre un déséquilibre et un dérèglement du marché, le réseau étant en mesure de faire accepter au tiers des conditions contractuelles et tarifaires qu'ils auraient refusé en d'autres situations. Certes, « *l'égalité n'est pas l'âme du commerce – sauf à adopter une vue de l'esprit qui ne convient pas à la vie des affaires* »¹³⁸⁷. Toutefois, « *un pouvoir unilatéral est inquiétant dans une économie de compétition qui suppose la pluralité* »¹³⁸⁸. En effet, un tel déséquilibre dans la négociation et dans l'exercice de la liberté contractuelle fait craindre un partage inégalitaire des profits susceptible de fausser le jeu du marché, mais

1387 M. Malaurie-Vignal, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002, n° 5.

1388 Ibid., n° 9.

également d'être préjudiciable aux consommateurs. S'agissant des réseaux de franchise, cette problématique est exacerbée s'agissant des franchises de distribution, principalement dans le domaine alimentaire, où les relations entre grandes centrales d'achat et « petits producteurs locaux » défraient régulièrement les chroniques de la presse généraliste. Les tentatives du législateur pour rééquilibrer les relations entre producteurs et distributeurs sont tout aussi nombreuses, et symbolisées par la succession de lois en la matière : les lois Royer¹³⁸⁹, Sapin¹³⁹⁰, Galland¹³⁹¹, Raffarin¹³⁹², NRE¹³⁹³ et LME¹³⁹⁴ ont ainsi chacune tenté de remédier à la difficulté.

662. Il ne nous appartient pas, dans le cadre de cette étude consacrée à l'impact du droit de la concurrence sur le réseau de franchise, de reprendre l'exposé exhaustif de l'ensemble des dispositions contribuant à lutter contre ce déséquilibre structurel. Notre analyse sera au contraire focalisée sur celles des dispositions du droit de la concurrence qui, contribuant au rééquilibrage des relations entre le réseau et les tiers, sont susceptibles d'avoir un impact sur la structure ou le comportement de ce dernier. Le droit positif considère qu'une position dominante « régulièrement acquise », n'est pas – en soi – néfaste pour la concurrence¹³⁹⁵. Le droit de la concurrence place néanmoins l'opérateur détenteur d'une telle part de marché sous surveillance étroite. Ce contrôle accru est organisé autour du droit des abus de domination, lequel trouve ses sources dans le droit des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence. Le siège principal de la matière réside dans l'article L. 420-2 du Code de commerce, dont l'alinéa premier incrimine l'exploitation abusive d'une position dominante, tandis que le second alinéa vise l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique. Bien que proches, les deux pratiques ne sont pas identiques : une position dominante n'implique pas nécessairement que les partenaires du réseau soient en situation de dépendance. À l'inverse, si l'exploitation d'un état de dépendance pourrait probablement, dans certaines circonstances être également qualifiée d'abus de position dominante, cette seconde incrimination est nécessairement beaucoup plus large. La protection des plus faibles est au reste renforcée par le droit des pratiques restrictives et l'article L. 442-6 du Code de commerce. Sans revenir sur les multiples mutations de ce texte tentaculaire, il est possible – à ce stade de l'introduction – d'affirmer que cet article a toujours envisagé, sous une forme ou une autre, de lutter contre les abus qui pourraient résulter du déséquilibre entre la puissance économique de partenaires économiques.

1389 Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

1390 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

1391 Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

1392 Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

1393 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

1394 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

1395 Sur les fondements doctrinaux d'une telle position, v. n° 691 et s.

663. Cette dichotomie au niveau des sources induira le plan de notre étude. Tant l'abus de position dominante que l'abus de dépendance économique présentent un intérêt majeur pour le rôle de la franchise. En effet, et ainsi que nous l'avons développé dans la partie de cette étude consacrée au contrôle des concentrations, l'effet de groupe induit par un réseau de franchise le rend particulièrement prompt à détenir une part de marché importante – voire dominante (**Chapitre 1**). L'abus de dépendance économique – qu'il soit envisagé par le droit des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives – mérite une attention tout aussi particulière. Les réseaux de franchise constituent le berceau de sa naissance et sont au cœur des préoccupations des pouvoirs publics. La relation de dépendance des fournisseurs des réseaux de distribution de la grande distribution alimentaire constitue depuis des décennies l'une des problématiques les plus épineuses du droit de la concurrence (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Les abus de domination commis par le réseau au préjudice des tiers

664. Rôle préventif du droit des concentrations. À l'idéal, un réseau de franchise ne devrait pas pouvoir détenir, sur un marché donné, une position telle qu'il soit en mesure d'imposer sa loi tant à ses concurrents qu'à ses partenaires commerciaux. En effet, le contrôle des concentrations, qui a été étudié précédemment, s'assigne précisément pour tâche d'empêcher qu'une entreprise puisse détenir une part de marché telle qu'elle soit en mesure de s'affranchir des règles normales du jeu de la concurrence. Toutefois, le contrôle institué par le droit des concentrations n'est pas un filtre absolu et ne peut permettre de prévenir toute situation de position dominante oligopolistique, voire monopolistique. Celle-ci peut être la résultante d'un jeu parfaitement normal de la concurrence. Un agent économique est susceptible de devoir sa position dominante tantôt à une avance technologique par rapport à ses concurrents, à la désaffection de ces derniers pour le marché en question¹³⁹⁶ ou encore à son talent propre.

665. Il n'en reste pas moins que la puissance du réseau est susceptible de lui permettre d'adopter, envers ses cocontractants, des comportements dont il n'aurait pas eu la possibilité sur un marché classique. Ce faisant, en adoptant une conduite anormale et de nature à fausser le jeu normal de la compétition interentreprises, le réseau se rend coupable d'un abus de domination (**Section I**). Auteur de l'abus, le réseau pourrait également en être l'objet. Il y a en effet une certaine commodité de langage et une inexactitude juridique à considérer que le réseau – que nous avons

1396 On pense notamment, en matière de distribution alimentaire, à la position dominante obtenue par Monoprix qui, très tôt, a privilégié une implantation dans les centres urbains et le commerce de proximité, à l'époque où les réseaux concurrents misaient sur des surfaces de vente importantes implantées en périphérie. Cette situation a été évoquée par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 11 janvier 2012 (Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01).

qualifié de bien et dont il est clair qu'il ne possède pas la personnalité juridique – puisse être l'auteur d'une infraction. Mais le réseau, en tant que bien, peut aussi être vu comme le moyen pour ses membres d'imposer leur loi. Un réseau de franchise pourrait, avec un peu d'audace, être considéré comme une ressource, sinon rare, tout au moins précieuse. Le parallèle entre les réseaux de distribution et les réseaux d'infrastructures peut alors être tenté. Rien n'interdit, de prime abord, de considérer que, du point de vue de certains producteurs, le réseau de franchise de distribution constitue une « facilité essentielle »¹³⁹⁷. Le réseau serait alors l'objet de l'abus de domination commis par son promoteur (**Section II**).

SECTION I. LE RÉSEAU, AUTEUR DE L'ABUS DE DOMINATION

666. Il est peu probable qu'un franchisé soit, à lui seul, susceptible d'être en situation de position dominante. Cependant et comme le remarque Linda Arcelin, « identifier l'entreprise à une personne juridique conduirait à nier la position dominante détenue par un groupe de sociétés »¹³⁹⁸. L'idée vaut naturellement pour le réseau de franchise, bien qu'il ne puisse juridiquement être assimilé à un groupe de sociétés. Par l'effet de regroupement qu'il induit, le réseau de franchise est donc un terrain particulièrement fertile pour les abus de domination en tous genres. En effet, ainsi qu'ont pu l'écrire certains auteurs, le contrôle des abus de domination peut être assimilé à un contrôle a posteriori des concentrations d'entreprises¹³⁹⁹, visant à s'assurer qu'en dépit de leur puissance, les conglomérats ne faussent pas le jeu normal de la concurrence. On comprend alors tout l'intérêt de cette branche du droit au regard du contrat de franchise. Ont précédemment été étudiées les nécessaires adaptations aux critères classiques d'appréciation des concertations afin de les adapter au regroupement de commerçants indépendants que constitue un réseau de franchise. Nous avons conclu à la relative efficacité de ce contrôle, empreint de pragmatisme économique, que la forme juridique particulière du réseau de franchise ne parvient pas à déjouer. On peut légitimement se demander s'il en est de même du contrôle a posteriori institué à l'encontre des abus de domination. En effet, les spécificités du réseau de franchise sont susceptibles de créer diverses difficultés tant dans son identification comme détenteur d'une position dominante (**I**) que dans l'éventuelle sanction des abus engendrés par cette dernière (**II**).

1397 Sur la définition de cette notion, v. n° 714 et s.

1398 L. Arcelin-Lecuyer, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, n° 57

1399 R. Bout *et al.*, *Lamy droit économique*, Wolters Kluwer, 2014, n° 1202

I. LES SPÉCIFICITÉS DE L'IDENTIFICATION DU RÉSEAU COMME DÉTENTEUR D'UNE POSITION DOMINANTE

667. Les textes relatifs à l'abus de domination font référence à une notion tout aussi floue que celle de réseau : le concept d'entreprise. Il faut dès lors interroger les liens que peuvent entretenir ces deux idées : le réseau dans son ensemble est-il susceptible d'être considéré comme une entreprise à part entière (A) ? La réponse à cette interrogation dépend probablement très largement des différents liens tissés entre franchisés et franchiseur (B).

A. La délicate appréhension du réseau au regard de la notion d'entreprise

668. L'article L. 420-2 du Code de commerce pose le principe selon lequel l'abus de position dominante peut être le fait, non seulement d'une entreprise unique, mais encore d'un « groupe d'entreprises ». Le texte est cependant muet quant au sens exact qu'il convient de donner à cette expression. Dans son propos introductif à un atelier organisé sur le thème de la dominance collective, le Professeur Claude Lucas de Leyssac remarque que « *la notion de groupe de sociétés comme la notion d'entreprise sont déjà des concepts flous, qui échappent à la rigueur des définitions juridiques traditionnelles* »¹⁴⁰⁰, avant de s'interroger sur le sens qu'il convient de donner à une expression qui cumule ces imprécisions. Appliquée au cas particulier du réseau de franchise, cette définition appelle le questionnement suivant : le réseau doit-il être appréhendé comme une seule entreprise, comme un groupe d'entreprises, voire comme la collaboration d'entreprises indépendantes ? De la réponse à cette interrogation dépend le champ d'application du droit de l'abus de domination.

1. Le réseau, entreprise unique susceptible de détenir une position dominante ?

669. **Notion d'entreprise.** La lecture de l'article L. 420-2 du Code de commerce renvoie donc rapidement le juriste à l'arlésienne que constitue la notion d'entreprise en droit commercial et plus particulièrement en droit de la concurrence. Dans une première approche, la notion peut être définie comme un « *ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique* »¹⁴⁰¹. La redondance du terme économique sous la plume de Gérard Cornu a de quoi laisser sceptique le lecteur en quête de certitudes juridiques. Pour les instances européennes, pionnières en la matière, l'entreprise dans le contexte du droit de la concurrence doit être appréhendée comme « *toute entité exerçant une activité*

1400 C. Lucas de Leyssac, « Ateliers de la concurrence de la DGCCRF : La position dominante collective – Présentation », 2001, http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer2.htm.

1401 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., P.U.F., 2011.

économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁴⁰². La référence aux termes d'« entité » ou de direction économique implique semble-t-il, une certaine unité au sein de l'entreprise, quoiqu'il soit parfaitement admis que cette dernière puisse être constituée de plusieurs personnes juridiques. Il a ainsi été soutenu que « *l'unité économique [...] efface l'écran de la personnalité morale* »¹⁴⁰³. Dès lors, l'autonomie et l'indépendance économique doivent, en toute logique, apparaître comme antinomiques de la notion d'entreprise unique. Le Conseil de la concurrence avait eu l'occasion de rappeler ce paradigme dans une décision concernant le groupe Decaux. Ainsi, il était rappelé que « *constitue une entreprise l'entité économique dont les organes dirigeants déterminent de façon autonome la stratégie industrielle, financière et commerciale* »¹⁴⁰⁴. Dès lors, ce n'est que dans la mesure où la tête du groupe exerce sur ses filiales une « *influence déterminante* »¹⁴⁰⁵ que celles-ci doivent être considérées comme constituant ensemble une entreprise unique. En pareil cas, c'est à bon droit que l'infraction est imputée à la société mère, qui apparaît finalement comme dirigeant l'entreprise unique formée par le groupe.

670. Le réseau, entreprise unique ? Un tel raisonnement peut-il être transposé à un réseau de franchise ? Le franchiseur exerce-t-il une influence telle sur les membres de son réseau que ce dernier doit être considéré comme constituant une unique entité économique ? Doctrine et jurisprudence se sont peu intéressées à la question, les autorités de la concurrence ayant tendance à soigneusement éluder la question de la qualification du réseau au regard de la notion d'entreprise¹⁴⁰⁶. Une décision du 28 juin 2002 fait exception, mais ne concerne nullement l'abus de domination. Un certain nombre de fournisseurs de produits électroménagers étaient soupçonnés de s'être entendus avec leurs distributeurs sur les prix de revente. Les griefs avaient été signifiés aux têtes des réseaux de distribution et non à chacun des distributeurs, pourtant juridiquement indépendants. Le Conseil affirme alors avec une netteté inédite que « *lorsqu'ils concernent de grands groupes de distribution dont dépendent des sociétés juridiquement distinctes, mais ayant entre elles des liens capitalistiques et suivant une stratégie commerciale, industrielle et financière unifiée, les griefs retenus doivent être notifiés aux sociétés « mères » pour le compte des sociétés qu'elles représentent* »¹⁴⁰⁷. Le réseau apparaît ainsi très nettement, vis-à-vis des tiers, sinon comme une entreprise unique à tout le moins comme

1402 CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov, n° C-180/98 à C-184/98 : Rec. CJCE, I, p. 6451, *Europe*, 2000, comm. 355, obs. Idot, *Contr. conc. consom.*, 2000, comm. 180, obs. Poillot-Peruzzetto ; CJCE, 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurances, n° C-224/94 : Rec. CJCE I, p. 4013 ; CJCE, 18 juin 1998, Commission c/ Italie, n° C-35/96 : Rec. CJCE, I, p. 3851 ; CJCE, 23 avril 1991, Höfner, n° C-41/90 : Rec. CJCE I, p. 1979.

1403 En ce sens, v. L. Arcelin-Lecuyer, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, n° 57.

1404 Cons. conc., 7 juillet 1998, Pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, n° 98-D-52.

1405 Ibid.

1406 L'affaire Casino est à cet égard éloquent. Pour de plus amples développements sur cette décision, v. n° 696 et s.

1407 Cons. conc., 28 juin 2002, Secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, n° 02-D-42

un groupe d'entreprises dont la tête de réseau est juridiquement responsable au titre du droit de la concurrence. Le Conseil insiste encore sur le rôle de représentation des centrales d'achat ou de référencement qui sont les seules à avoir directement participé à la négociation de l'entente, servant « *de support à la concertation avec les fournisseurs, pour le compte des entreprises qu'elles représentent* »¹⁴⁰⁸.

671. En pareil cas, le réseau de distribution est donc très clairement perçu comme une entreprise unique. Cette solution est-elle généralisable à l'ensemble des réseaux de franchise ? Nous en doutons. Il n'est pas anodin de noter qu'en l'espèce l'ensemble des magasins distributeurs pratiquaient des prix similaires pour les produits en question. Leur autonomie était donc pour l'essentiel théorique. En toute hypothèse, s'il ne paraît pas absurde d'imaginer que les membres d'un réseau de grande distribution agissant par le biais d'une centrale d'achat soient considérés, vis-à-vis de leurs fournisseurs, comme une entreprise unique. La question serait sans doute plus délicate dans un réseau de franchise de service où l'autonomie économique serait particulièrement prégnante. Il n'est pas exclu que la référence de l'article L. 420-2 du code de commerce à la notion de « groupe d'entreprises » permette de dépasser ces difficultés.

2. Le réseau, pluralité d'entreprises susceptibles de détenir conjointement une position dominante collective ?

672. Il semble clair que la notion recouvre nécessairement le groupe au sens que lui confère le droit des sociétés¹⁴⁰⁹. Faut-il pour autant limiter la notion de groupe à cette seule hypothèse ? Une réponse négative s'impose. Certains remarquent d'ailleurs qu'un groupe de sociétés ne constitue probablement pas un groupe d'entreprises, mais bien une entreprise unique¹⁴¹⁰. Pour le conseil de la concurrence, « *plusieurs entreprises simultanément présentes sur un même marché peuvent être considérées comme détenant conjointement une position dominante s'il existe entre elles une interdépendance qui les conduit à adopter une stratégie explicitement ou implicitement coordonnée* »¹⁴¹¹. Cette conception de la dominance collective dépasse, de très loin, la simple hypothèse des liens capitalistiques entre société mère et société filiale. Deux critères sont ainsi dégagés pour déterminer l'existence d'une domination collective, dont on peut se demander s'ils peuvent être – voire sont systématiquement – remplis s'agissant d'un réseau de franchise. Le premier, objectif, consiste en la présence de liens entre les différentes entreprises **(a)**. Le second, plus subjectif, impose que ces liens structurels conduisent les entreprises à adopter un comportement coordonné **(b)**.

1408 Ibid.

1409 V. par exemple Cons. conc., 11 septembre 1990, Marché des tuiles et des briques en Alsace, n° 90-D-27.

1410 C. Lucas de Leyssac, « Ateliers de la concurrence de la DGCCRF : La position dominante collective – Présentation », 2001, http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer2.htm

1411 Cons. conc., 9 décembre 1998, Situation de la concurrence dans le secteur du disque, n° 98-D-76.

a. La condition objective :
l'existence de liens entre membres du groupe

673. Si l'ancienne Commission de la concurrence avait pu, en son temps, s'affranchir de la caractérisation de liens structurels pour conclure à l'existence d'une position dominante collective¹⁴¹², le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, et la Cour d'appel de Paris¹⁴¹³ ont adopté une position bien plus rigoureuse. Aussi, la caractérisation de l'interdépendance des diverses entreprises du groupe passe par la démonstration de l'existence entre elles de liens qui peuvent être structurels, mais également contractuels ou commerciaux. Il semble difficile de nier que les membres d'un réseau de franchise sont structurellement, contractuellement ou commercialement liés. Ils ne constituent pas pour autant nécessairement une entreprise unique, pas plus que le réseau ne forme automatiquement une entente¹⁴¹⁴. L'éventuelle appréhension du réseau par l'article L. 420-2 passe donc nécessairement par le truchement de la notion de groupe d'entreprise.

674. Les liens entre franchiseur et franchisés sont-ils suffisants pour estimer que le réseau est susceptible de se rendre coupable, en tant que tel, d'un abus de domination ? Dans la célèbre affaire dite du « ciment corse », la Cour d'appel de Paris avait pu estimer que « *les nombreux contrats conclus conjointement* »¹⁴¹⁵ par les entreprises en cause étaient de nature à démontrer que celles-ci « *se présentaient sur le marché [...] comme une entité collective pratiquant une stratégie commune* »¹⁴¹⁶. En l'espèce, les cimentiers avaient conclu divers accords quant à l'exploitation conjointe dans le port de Bastia, et recourraient au même prestataire de service pour leur exploitation ainsi que pour l'affrètement et le transport. Cette motivation fut censurée par la Cour de cassation laquelle estimait que les magistrats parisiens n'avaient pas caractérisé en quoi les cimentiers en cause auraient disposé en commun de la possibilité de s'abstraire des conditions de marché en se comportant de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents et clients¹⁴¹⁷. Le principe selon lequel l'étroitesse des liens contractuels serait de nature à caractériser un groupe d'entreprises au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce n'est cependant pas directement censuré. Quoique les cimentiers corses n'avaient nullement mis en place un réseau de distribution et encore moins un réseau de franchise, il n'en demeure pas moins que cette retentissante affaire apporte un éclairage intéressant

1412 Comm. conc., 28 juin 1979, Films cinématographiques.

1413 V. par exemple C.A. Paris, 27 septembre 1990, *Contrats conc. consom.*, 1991, comm. 12.

1414 Une doctrine autorisée estime toutefois que la notion de groupe d'entreprise n'a pas d'intérêt réel dans la mesure où « *un groupe de société peut être considéré comme une seule et même entreprise au sens [de l'article L. 420-2 du Code de commerce], alors que la concertation entre entreprises est quant à elle déjà prohibée par l'article L. 420-1* » (G. Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, 19e éd., Tome 1 – Volume 1, L.G.D.J., 2010, n° 490). Dans le même sens, v. F. Fontaine, « La dominance collective : mythes et réalité », *JCP E*, 2006, 2153.

1415 C.A. Paris, 6 mai 2008, SA Lafarge Ciments.

1416 Ibid.

1417 Cass. Com., 7 juillet 2009, Vicat et Lafarge Ciments, n° 08-15.609, JurisData n° 2009-049114, *Contrats, conc. consom.*, 2009, comm. 227, note Decocq, *Concurrences*, 2009, n° 4, p. 116, obs. Wachsmann.

sur ce que peuvent être, en pratique, les liens contractuels ou commerciaux susceptibles de caractériser l'existence d'un groupe d'entreprises. Difficile de soutenir, dès lors, que les liens tissés au sein d'un réseau de franchise ne sont pas de nature à faire tomber ce dernier sous la qualification de « groupe d'entreprise » au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Cette qualification exige cependant la démonstration de l'existence de comportements coordonnés.

b. La condition subjective : l'existence de comportements coordonnés

675. L'existence de liens entre entreprises ne suffit pas pour caractériser l'existence d'un groupe au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu rappeler, en son temps, qu'à défaut d'établir que les entreprises en cause aient coordonné leur action, celles-ci ne sauraient être regardées comme occupant une position dominante collective¹⁴¹⁸. Plus clairement encore, le Conseil écarte l'existence d'une position dominante collective relevant que les deux entreprises en cause « *disposent d'une autonomie commerciale* »¹⁴¹⁹. Cette autonomie est justifiée par le fait que les sociétés en cause possèdent des dirigeants et des *réseaux* commerciaux indépendants, qu'elles participaient séparément aux appels d'offres avec des propositions tarifaires différentes et elles sont perçues par les tiers comme deux sociétés se faisant réellement concurrence¹⁴²⁰. Le raisonnement n'est pas sans rappeler celui adopté en matière de concentrations, s'agissant de la notion de « contrôle »¹⁴²¹.

676. Paradoxe. Étonnant paradoxe dès lors que celui du droit de la concurrence qui exige, *ex-ante*, l'indépendance juridique des franchisés pour s'interroger, *ex-post*, sur le point de savoir si ces entreprises bénéficient réellement d'une autonomie commerciale. En d'autres termes, il convient de se demander si l'existence d'une attitude harmonisée peut être présumée en matière de franchise. De la même manière, il ne nous paraît pas évident que le franchiseur contrôle – au sens du droit des concentrations – ses propres franchisés, il paraît délicat d'apporter ici une réponse catégorique. Il est certain que la franchise implique nécessairement une coordination minimale entre les différents membres du réseau, ne serait-ce que pour respecter le savoir-faire transmis par le franchiseur. Celle-ci suffit-elle à caractériser l'existence d'une éventuelle position dominante collective ?

677. Il est permis de s'interroger sur la nature concrète des indices permettant aux autorités de déceler l'existence d'une « action coordonnée ». Dans une affaire déjà ancienne concernant le marché des carburateurs dans le département de la Réunion, le Conseil de la concurrence avait pu estimer qu'il existait un groupe d'entreprises dans la mesure où « *deux sociétés avaient mis en place une stratégie commerciale*

1418 Cons. conc., 22 février 1994, Marché des amendements calcaires dans le Sud-Ouest de la France, n° 94-D-13.

1419 Ibid.

1420 Ibid.

1421 Sur cette question, v. n° 49 et s.

révélatrice d'une volonté commune de pratiquer une politique de vente coordonnée »¹⁴²². C'est alors une forme d'entente qui est sanctionnée par le truchement de la notion d'abus de position dominante. Néanmoins, l'exemption éventuelle dont bénéficie le contrat de franchise au titre des ententes ne paraît nullement de nature à remettre en cause l'application d'un tel raisonnement à un réseau de distribution. L'illicéité de la coordination n'est en rien une condition au titre de l'abus de position dominante.

678. Le Conseil va ainsi jusqu'à qualifier de groupe d'entreprises deux sociétés qui présentent pourtant « *plusieurs caractéristiques importantes d'entreprises autonomes* »¹⁴²³. Le Conseil relève ainsi que « *les présidents directeurs généraux de chaque société [...] n'exercent aucune responsabilité dans le groupe* »¹⁴²⁴ et que les sociétés en cause « *sont perçues par les entreprises clientes et par les concurrents [...] comme se livrant une réelle concurrence* »¹⁴²⁵. Ces éléments ne sont toutefois pas de nature à remettre en cause l'existence d'une position dominante conjointe. Toutefois, en l'absence d'entreprise unique, les griefs font l'objet d'une notification individuelle à chacune des sociétés du groupe. S'il nous semble impossible de généraliser la solution en vertu de laquelle un réseau de franchise devrait être considéré comme une entreprise unique au sens du droit de la concurrence, on voit difficilement comment il pourrait échapper à la qualification de groupe d'entreprises au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce. C'est également l'avis du Professeur Marie Malaurie-Vignal qui écrit dans son ouvrage consacré à l'abus de position dominante que « *les rapports entre fournisseur et distributeur peuvent être analysés sous l'angle d'un groupe susceptible de constituer une position dominante si les entreprises sont étroitement intégrées et que leurs parts de marché sont substantielles* »¹⁴²⁶. Les instances européennes semblent adopter une conception similaire, voire plus promptes encore à identifier le réseau comme une unité, sujet de droit.

B. La délicate appréhension des liens unissant les membres du réseau de franchise

679. L'approche du droit européen est plus nette encore que celle du droit interne. Elle l'a, au reste, chronologiquement précédée¹⁴²⁷. L'actuel article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose en effet – reprenant en cela les termes de l'ancien article 86 puis 82 du Traité instituant la communauté européenne – que « *le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* » est incom-

1422 Cons. conc., 19 octobre 1993, Elf Antar France / Total Réunion Comores, n° 93-D-42.

1423 Cons. conc., 28 juillet 2005, secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, n° 05-D-49.

1424 Ibid.

1425 Ibid.

1426 M. Malaurie-Vignal, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002, n° 71.

1427 Les critères actuellement retenus par les instances européennes ont été dégagés dans l'affaire dite du verre plat dès 1992 (TPICE, 10 mars 1992, Société Italiana Vetro Spa et autres, n° T-68/89, *Contrats conc. consom.*, 1992, comm. 82, obs. Vogel, *JCP E*, 1993, I, 208, obs. Gavalda et Parléani).

patible avec le marché intérieur, et à ce titre interdit. Les instances communautaires puis européennes ont assez clairement délimité les conditions d'application de ce texte à « plusieurs entreprises ». Ces jurisprudences paraissent parfaitement transposables au domaine de la franchise et insistent sur le caractère inopérant de l'indépendance juridique de ces entreprises (1), pour mettre l'accent sur leur éventuelle interdépendance économique (2).

1. Intégration verticale et position dominante collective

680. Marchés différents. La question de l'applicabilité de la prohibition de l'article 102 avec un processus d'intégration verticale a été posée aux instances européennes. Pour les économistes, des firmes sont placées dans une relation verticale lorsqu'elles appartiennent à une même filière de production et entretiennent des relations de type fournisseur-client¹⁴²⁸. La franchise participe nécessairement de ce processus, de façon flagrante dans le cadre du franchisage de distribution, dans une moindre mesure s'agissant de franchises de service. Par hypothèse, le franchiseur-fournisseur n'opère ainsi pas sur le même marché que les franchisés-clients. Le premier occupe une position de grossiste tandis que les seconds s'adressent directement aux consommateurs finaux, éventuellement après transformation du produit dans le cadre d'une franchise industrielle. On perçoit alors la problématique de la compatibilité entre un mode d'organisation vertical et l'abus de position dominante : des entreprises n'opérant pas sur un même marché sont-elles susceptibles de détenir conjointement une position dominante ?

681. Seuls en effet les franchisés et le franchiseur sont unis par des liens tels qu'ils puissent détenir une position dominante. Les franchisés n'ont a priori aucun lien structurel ou capitalistique indépendamment de leur affiliation à la tête de réseau. L'appréhension du réseau passe donc par le truchement du franchiseur, et donc de la relation verticale qu'il entretient avec l'ensemble de ses franchisés. Or, jusqu'au début des années 2000, les affaires ayant donné lieu à des condamnations au titre de l'abus de domination concernaient des relations horizontales, c'est-à-dire entre entreprises situées à un même niveau de la chaîne de valeur¹⁴²⁹.

682. Affaire « Irish Sugar ». L'affaire Irish Sugar a permis au Tribunal de première instance de confirmer sans ambiguïté que l'existence d'une intégration verticale n'était en rien incompatible avec l'existence d'une position dominante collective sur un marché donné. La commission avait jugé Irish Sugar et l'une de ses filiales, Sugar Distributors Limited (SDL), coupables d'un abus de position dominante sur le marché du sucre. Irish Sugar contestait cette décision devant le Tribunal de première instance, aux

1428 Sur cette question et pour une définition complète, v. L. M. B. Cabral, *Introducing to Industrial Organization*, The MIT Press, 2000, p. 189 et s. ou J. Triole, *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica, 1995, p. 339 et s.

1429 En ce sens, S. Cristin-Belmont, « De l'affaire Irish Sugar à une doctrine Irish Sugar », *D.*, 2000, p. 412.

motifs notamment que la relation entretenue avec SDL était une simple relation fournisseur-client. Or, une relation verticale se caractérise, par hypothèse, par une absence de concurrence entre fournisseur et distributeur, lesquels n'agissent pas sur le même marché. Pour la requérante, si Irish Sugar intervient sur le marché du sucre industriel, son distributeur intervient pour sa part sur le marché du sucre de détail. L'argument est rejeté par le Tribunal de première instance qui constate de façon fort pragmatique que « *sauf à accepter que l'application de l'article 86 [102] du traité connaisse une lacune, il ne saurait être admis que des entreprises se trouvant dans une relation verticale, sans toutefois être intégrées au point de constituer une seule et même entreprise, puissent exploiter de façon abusive une position dominante collective* »¹⁴³⁰. Cette décision s'inscrit dans le droit fil des propositions doctrinales antérieures, principalement celle du Professeur Jean-Pierre Dubois¹⁴³¹.

683. Il est en outre à remarquer qu'en l'espèce, les liens entretenus entre le fournisseur et le distributeur, pour étroits qu'ils fussent, n'avaient rien de commun à ceux entretenus entre un franchiseur et ses franchisés. La formulation de la décision laisse d'ailleurs en suspens la question de savoir si, en présence de liens plus intenses, il n'eût pas été possible de qualifier les deux sociétés intégrées verticalement d'entreprise unique¹⁴³². Quoi qu'il en soit, et même dans l'hypothèse d'une pluralité d'entreprises, l'existence d'une relation verticale n'est donc pas un obstacle à la détention d'une position collective conjointe.

2. *Pratique concertée exemptée et position dominante collective*

684. Deux entreprises indépendantes sont donc susceptibles de détenir une position dominante collective sur le marché. Il convient toutefois pour caractériser la dominance collective que ces entreprises entretiennent des liens tels qu'ils sont susceptibles de conduire à l'adoption d'un même comportement, à une même ligne d'action sur le marché en cause. Ces critères trouvent leur source dans un arrêt du 27 avril 1994. La Cour de justice des communautés européennes y affirme que l'existence d'une « *position dominante collective exige [...] que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché* »¹⁴³³. Elle est depuis constamment reprise par les instances européennes¹⁴³⁴. On retrouve ainsi les deux critères précédemment étudiés dans le cadre de la jurisprudence rendue au visa de l'article L. 420-2 du Code de commerce¹⁴³⁵. L'appréciation de ces critères structurel

1430 TIPE, 7 octobre 1999, Irish Sugar c/ Commission, n° T-228/97.

1431 J.-P. Dubois, *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la Communauté économique européenne*, Litec, 1968. Dans le même sens, v. E. Kantzenbach et J. Kruse, *Kollektive Marktbeherrschung : das Konzept und seine Anwendbarkeit für die Wettbewerbspolitik*, 1987.

1432 La proposition incise « *sans toutefois être intégrées au point de constituer une seule et même entreprise* » laisse en effet, a contrario, ouverte la possibilité d'une telle intégration dans une autre espèce.

1433 CJCE, 27 avril 1994, Gemeente Almelo e.a., n° C-393/92.

1434 CJCE, 17 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto : Rec. CJCE, I p. 2883 ; TPICE, 25 mars 1999, Gencor

1435 V. supra, n° 672 et s.

et comportementaliste a fait l'objet de développements intéressants en droit communautaire en ce qu'ils ont été confrontés au droit des ententes. La question présente un intérêt majeur en matière de franchise : les liens structurels résultant d'une pratique concertée exemptée sont-ils susceptibles de caractériser une position dominante collective ?

a. L'existence d'une pratique concertée, élément permettant de caractériser une position dominante collective

685. Affaire « Compagnie maritime belge ». La question a pu être posée de savoir si une pluralité d'entreprises unies par des liens exemptés sur le fondement de l'article 101 § 3 étaient susceptibles d'être appréhendées comme détenant une position dominante collective. La solution est donnée dans la célèbre affaire Compagnie maritime belge de transports. La Cour y relève qu'« *un accord, une décision ou une pratique concertée (bénéficiant ou non d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité) peut incontestablement, lorsqu'il est mis en œuvre, avoir pour conséquence que les entreprises concernées se sont liées quant à leur comportement sur un marché* »¹⁴³⁶. En l'espèce, la pratique concertée visée par la Cour n'était autre qu'une conférence maritime, laquelle était définie, à l'époque, comme « *un groupe d'au moins deux transporteurs exploitants de navires qui assurent des services internationaux réguliers pour le transport de marchandises sur une ligne ou des lignes particulières dans les limites géographiques déterminées et qui concluent un accord ou un arrangement, quelle qu'en soit la nature, dans le cadre duquel ces transporteurs opèrent en appliquant des taux de fret uniformes ou communs ou toutes autres conditions de transport concertées pour la fourniture de services réguliers* »¹⁴³⁷. Or, ce type de regroupement a longtemps connu les faveurs du droit de la concurrence communautaire¹⁴³⁸. Le règlement du 22 décembre 1986, applicable à l'espèce, exemptait ainsi ce type de pratique dont on estimait qu'elle exerçait « *un rôle stabilisateur de nature à garantir des services fiables aux chargeurs* »¹⁴³⁹ et contribuait « *à assurer une offre de services de transport maritime régulier, suffisants et efficaces* »¹⁴⁴⁰.

686. Absence d'exclusion de principe. Pour la Cour, cette exemption au titre de l'article 81 (devenu 101) n'est toutefois pas de nature à exclure l'application de l'article 82 (devenu 102), dont les objectifs sont différents. À dire vrai, le raisonnement est bien connu du droit communautaire : déjà en 1990, dans une affaire Tetra Pak, le

1436 TPICE, 10 juillet 1990, Tetra Pak c/ Commission, n° T-51/89 : Rec. p. II-309, conclusions H. Krischner.

1437 Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, art. 1^{er}, §3, b.

1438 Il est toutefois à noter que le règlement du 22 décembre 1986 est arrivé à expiration le 18 octobre 2008. Depuis lors, ces ententes tombent donc sous le coup du droit commun de l'article 101 (ancien article 81). Pour de plus amples développements sur cette question, v. D. Bosco, « Transport maritime : quand le droit de la concurrence s'invite à bord... », *Contrats, conc. consom.*, 2008, no 8, p. comm. 206

1439 Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, considérant n° 8

1440 Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, considérant n° 8

juge Krischner écrivait « *dans le système de protection de la concurrence mis en place par le traité, l'octroi d'une exemption, soit individuelle, soit par catégorie, au titre de l'article 85 § 3 [101 § 3], ne saurait en aucun cas valoir également exonération de l'interdiction énoncée à l'article 86 [102]* »¹⁴⁴¹.

687. Dès lors, l'exemption de l'entente n'est pas de nature à exclure l'éventualité d'une domination collective. La Cour le rappelle très clairement, l'exemption catégorielle « *ne préjuge en rien la question de savoir si, dans une situation donnée, une conférence maritime détient une position dominante sur un marché déterminé ou, a fortiori, a exploité cette position de façon abusive* »¹⁴⁴². Le raisonnement est en tout point transposable à notre matière. Un réseau de franchise, bien que de nature à remplir les conditions de son exemption au titre de l'article 101 § 3 est ainsi susceptible de constituer une unité propre à détenir une position dominante collective¹⁴⁴³. Au-delà, l'existence d'une pratique concertée au sens de l'article 101 est évidemment de nature à faciliter la preuve de l'existence des liens nécessaires à caractériser un « groupe » ou une « pluralité d'entreprises » détenant conjointement une position dominante.

b. L'existence d'une pratique concertée, élément insuffisant pour caractériser une position dominante collective

688. **Absence d'incrimination de principe.** La question inverse est également abordée par la Cour de justice des communautés européennes : la constatation d'une pratique concertée au sens de l'article 101 est-elle suffisante pour estimer que les entreprises sont liées à un point tel qu'elles constitueraient un groupe justiciable de l'article 102 au titre d'une domination collective ? La réponse est clairement donnée par le même arrêt du 16 mars 2000, lequel précise que « *la seule circonstance que deux ou plusieurs entreprises soient liées par un accord, par une décision d'association d'entreprises ou par une pratique concertée, au sens de l'article 85 § 1 [101 § 1] du Traité ne saurait constituer, en soi, une base suffisante* »¹⁴⁴⁴ pour prouver l'existence d'une stratégie implicitement ou explicitement coordonnée. Les solutions obtenues sur le terrain du droit des ententes ne sont donc en rien de nature à influencer les décisions prises sur le fondement de l'abus de domination. Il s'agit, là encore, d'une solution fort classique que le Tribunal de première instance a dégagée dans l'arrêt relatif au « verre plat » en ces termes : « *il ne suffit pas, [...] de 'recycler' les faits constitutifs d'une infraction à l'article 85 [101] en en tirant la constatation que les parties à un accord ou à une pratique illicite*

1441 TPICE, 10 juillet 1990, Tetra Pak c/ Commission, n° T-51/89 : Rec. p. II-309.

1442 CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge de transports SA et autres, n° C-395/96 et C-396/96 : Rec. CJCE, 2000, I, p. 1365, *Contrats conc. consom.*, 2000, comm. n° 113, obs. Poillot-Peruzzetto. V. également Comm. CE, 1er avril 1992, Comités franco-ouest africains, n° IV/32.450 : JOCE L-134 ; Comm. CE, 23 décembre 1992, Cewal, n° IV/32.448 et IV/32.450 : JOCE, n° L 034 du 10/02/1993, p. 20.

1443 A supposer, bien évidemment, que le réseau en question détienne une part de marché suffisante pour être considéré comme étant en position dominante sur ledit marché.

1444 CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge de transports SA et autres, n° C-395/96 et C-396/96 : Rec. CJCE, 2000, I, p. 1365, *Contrats conc. consom.*, 2000, comm. n° 113, obs. Poillot-Peruzzetto.

détiennent ensemble une part de marché importante, que de ce seul fait elles détiennent une position dominante collective »¹⁴⁴⁵. En somme, le réseau ne bénéficie, au titre de l'abus de domination, d'aucun traitement particulier et pourra, si les conditions classiques sont réunies, être considéré comme « plusieurs entreprises », et justiciable à ce titre de l'article 102.

689. Trois cas de figure. Lors d'une intervention au titre des ateliers de la concurrence organisés par la DGCCRF, Christian Levasseur résume les liens pouvant exister entre ententes et position dominante en distinguant trois cas de figure¹⁴⁴⁶. Le premier est celui de l'application indépendante de l'une ou l'autre des deux prohibitions : ce fut le cas dans l'affaire du sucre irlandais¹⁴⁴⁷ où la commission a pu sanctionner les opérateurs au titre de l'article 82, sans passer par le truchement de l'article 81. La seconde hypothèse est celle de l'application complémentaire des deux articles, illustrée notamment par l'affaire des conférences maritimes : l'article 101 permet alors de sanctionner le cartel à proprement parler, tandis que l'article 102 permet de sanctionner le comportement de ce dernier. Cette situation pourrait être celle d'un réseau exempté au titre de l'article 81, abusant de sa position dominante. L'application complémentaire des deux articles permet alors de sanctionner le groupe sur le fondement de l'article 102, sans tenir compte à ce titre de l'exemption au titre de l'article 101. Monsieur Christian Levasseur réserve dans son exposé l'hypothèse d'une application simultanée des deux dispositions dont il n'existe pas d'illustration jurisprudentielle. Cette hypothèse – probablement d'école – serait à envisager dans le cas d'un réseau de franchise ne remplissant pas les conditions d'exemption au titre de l'article 101 et abusant en outre de la position dominante qu'il occuperait. On peut toutefois légitimement douter qu'un réseau de franchise ait réellement le temps de se constituer une position dominante au niveau national ou communautaire sans remplir les conditions d'exemption. Sans doute passera-t-il bien avant d'avoir obtenu une telle position entre les fourches caudines du droit des ententes.

II. LA DIFFICULTÉ DE SANCTIONNER LE RÉSEAU COMME AUTEUR D'UN ABUS DE DOMINATION

690. À supposer que, dans les conditions précédemment définies, un réseau de franchise puisse être identifié comme une entreprise en position dominante, se pose alors la question de son éventuelle sanction. Or, il semble que le réseau de franchise soit à cet égard dans une position relativement favorable. Comme pour toute entreprise, la

1445 TPICE, 10 mars 1992, Società Italiano Vetro et autres c/ Commission, n° T 68/89, Contrats conc. consom., 1992, comm. 82, obs. Vogel, JCP E, 1993, I, 208, obs. Gavalda et Parléani.

1446 A. Levasseur, « Ateliers de la concurrence de la DGCCRF : Entente ou abus de position dominante collective ? », http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer3.htm

1447 V. supra, n° 682.

sanction *per se* d'une position dominante est naturellement à exclure (A). Cependant, y compris en cas d'abus, le réseau paraît jouir d'un traitement relativement favorable (B).

A. L'impossibilité de sanctionner *per se* la domination du réseau

691. La licéité de la position dominante, qui implique l'impossibilité d'une sanction *per se* est une solution bien ancrée en droit positif. Elle découle de théories économiques sur lesquelles il n'est pas inutile de revenir (1), avant de décrire les limites juridiques posées à cette approche relativement libérale (2).

1. Les fondements de la licéité de la domination

692. Il est communément admis que la position dominante d'une entreprise n'est pas, en soi, illicite¹⁴⁴⁸. Cette position dominante peut en effet être le résultat d'une concurrence par les mérites, du succès d'une entreprise, voire d'une opération de concentration parfaitement licite. Or, « *la politique de la concurrence est destinée à assurer un combat loyal, et non à punir les gagnants ou à protéger les perdants* »¹⁴⁴⁹. Les instances européennes ont fait leur cette analyse, qui s'évince très clairement des premiers traités communautaires. Christian Gavalda et le Professeur Gilbert Parleani estiment ainsi que « *les rédacteurs du Traité de Rome avaient dans une certaine mesure l'obsession de la fragilité de l'économie européenne et de la taille insuffisante des économies nationales, comme des entreprises européennes* »¹⁴⁵⁰. Selon ces auteurs, ce constat explique pour partie le cantonnement de la sanction aux seules situations d'exploitation abusive d'une domination, ce qui revient à « *légitimer les dominations non abusives qui sont les plus nombreuses* »¹⁴⁵¹. En d'autres termes, pour le droit positif, « *l'égalité n'est pas l'âme du commerce – sauf à adopter une vue de l'esprit qui ne convient pas à la vie des affaires* »¹⁴⁵². Ce postulat à forte connotation économique n'est pour autant pas exempt de contestations. Il repose sur une conception fortement influencée par l'école de Fribourg (a) et se distingue assez nettement des positions défendues tant par l'école de Chicago (b) que par l'école de Harvard (c).

1448 En ce sens, v. notamment A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5e éd., L.G.D.J., 2012, n° 272 ; C. Grynfoegel, « Abus de position dominante – Article 102 du TFUE », Fascicule n° 268, in *J.-Cl. Commercial*, n° 92 ; A.-S. Choné, « Abus de position dominante – Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce », Fascicule n° 560, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2010, n° 2 ; M. Malaurie-Vignal, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002, n° 9 ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, 2006, n° 245 ; L. Arcelin-Lecuyer, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, Presses universitaires de Rennes, 2009, n° 145.

1449 C. Shapiro et H. R. Varian, *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999.

1450 C. Gavalda et G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010, n° 400.

1451 Ibid.

1452 M. Malaurie-Vignal, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002, n° 5.

a. *L'adoption de l'ordolibéralisme défendu par l'école de Fribourg*

693. Critère du « as if ». La nature de la prohibition de l'abus de position dominante en Europe doit beaucoup aux interventions allemande et néerlandaise¹⁴⁵³. À la différence d'autres délégations, plus enclines à sanctionner la domination, ces nations prêchèrent pour une prohibition cantonnée aux comportements adoptés par les firmes en position dominante. Cette démarche s'inscrit pleinement dans l'approche défendue par les économistes et juristes appartenant à l'école ordolibérale, née en Allemagne dans les années 1930-1940. Cette école de pensée, représentée principalement par l'économiste Walter Eucken et les juristes Franz Böhm et Hans Grossmann-Doerth, a largement influencé les rédacteurs du projet à l'instar de Hans von der Groeben, Président du Comité du marché commun¹⁴⁵⁴. Bien que les traités européens soient naturellement le fruit de compromis et qu'il soit donc toujours délicat d'y déceler directement la main de telle ou telle école de pensée, la construction progressive du droit de la concurrence européen relève bien d'une approche ordolibérale¹⁴⁵⁵. Pour ce courant de pensée, « *les entreprises dominantes doivent être empêchées d'utiliser leur pouvoir de marché pour éliminer la concurrence d'autres firmes, ou pour limiter la liberté de choix des consommateurs* »¹⁴⁵⁶. Si la prohibition per se des monopoles a pu, un temps, être défendue par l'école ordolibérale, celle-ci est rapidement revenue à une solution plus modérée, proche de celle du droit positif, consistant à limiter le démantèlement forcé des monopoles à des hypothèses relativement restreintes¹⁴⁵⁷. En somme, pour l'école ordolibérale, doivent être sanctionnés tous les comportements d'une entreprise en position dominante qui ont pour but de dégrader la position de ses concurrents et non pas d'améliorer la sienne¹⁴⁵⁸. De là découle le célèbre critère du « as if » consistant à s'interroger pour apprécier l'abus sur le fait de savoir si l'entreprise aurait rationnellement adopté le comportement litigieux si elle n'avait pas été placée en position

1453 F. Fontaine, « La dominance collective : mythes et réalité », *JCP E*, 2006, 2153. L'auteur explique que l'article 42 du Traité de Rome tel qu'il était initialement rédigé prévoyait une prohibition générale des monopoles, sans distinction entre l'entente et l'abus de domination. Ce n'est qu'à la suite d'une intervention allemande et néerlandaise qu'il aurait été décidé de distinguer entre monopoles et oligopoles d'un côté, et cartels de l'autre, dans la mesure où, selon l'école allemande, les premiers ne sont pas nécessairement néfastes à la concurrence.

Sur le sujet, v. également S. Cristin-Belmont, *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, Thèse : Lyon III, 1999, n° 454 et s. et P. Akman, « Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC », *Oxford Journal of Legal Studies*, no 2, vol. 29, p. 267 et s.

1454 P. Akman, « Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC », *Oxford Journal of Legal Studies*, no 2, vol. 29, p. 267 et s.

1455 V. notamment D. Gerber, « Law and the Abuse of Economic Power in Europe », *Tulane Law Review*, 1987, no 62, p. 57 et s. ou L. L. Gormsen, *Is there a tension between the goals of protecting economic freedom and the promotion consumer welfare in the application of Article 82 EC?*, Thèse : Kings College, 2007 (résumé disponible in *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 206).

1456 C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011, no 4, p. 70 et s., n° 26.

1457 Ibid., n° 28.

1458 On est alors effectivement très proche des deux critères classiques de l'abus de droit tels que dégagés par Josserand.

dominante¹⁴⁵⁹. Ce faisant, le droit positif inspiré de l'ordolibéralisme défendu par l'école de Fribourg à la veille de la Seconde Guerre mondiale, tente une délicate synthèse entre d'autres approches économiques, tels le néoclassicisme et le structuralisme.

b. Le rejet du néoclassicisme défendu par l'école de Chicago

694. Autorégulation. Pour l'école de Chicago, l'existence d'un monopole ou d'une position dominante n'est pas nécessairement néfaste à l'économie. L'école de Chicago, reprenant la pensée des théoriciens classiques estime que les marchés sont susceptibles de s'autoréguler, l'intervention juridique et étatique en la matière étant souvent contre-productive¹⁴⁶⁰. L'obtention d'une position dominante par une entreprise peut résulter de comportements loyaux et, plus encore, démontrer l'efficacité du modèle économique mis en place par la firme. Dès lors, sanctionner une telle position reviendrait à décourager les firmes d'être efficaces et de grandir¹⁴⁶¹. Les économistes américains vont cependant jusqu'à affirmer que l'exploitation par une entreprise de sa position dominante n'a rien d'illégitime puisqu'elle lui permet non seulement d'amortir les investissements réalisés pour la conquête de cette position, mais encore récompense le risque pris par l'entreprise. Un monopole ou un oligopole est encore un facteur d'importantes économies d'échelles et peut donc être bénéfique aux consommateurs¹⁴⁶². Enfin, la position dominante aurait encore, pour des économistes tels que Schumpeter, cela de positif qu'elle serait susceptible d'inciter la firme dominante à l'innovation afin de protéger la rente que lui procure son quasi-monopole¹⁴⁶³. L'école de Chicago insiste encore sur l'inutilité d'une intervention étatique pour tenter de contrecarrer une position dominante. Cette position est résumée par l'adage selon lequel les marchés se régulent eux-mêmes et les monopoles se détruisent tout seuls. Si une entreprise est en mesure d'abuser de sa position dominante et donc d'en retirer des profits anormaux, cette situation sera de nature à inciter les autres entreprises à pénétrer le marché et, ce faisant, à combattre la position dominante¹⁴⁶⁴. À l'évidence, ces conceptions ne sont pas partagées par le droit positif français, qui institue de nombreux mécanismes correcteurs en cas de position dominante ; bien que celle-ci ne soit pas sanctionnée *per se*.

c. Le rejet du structuralisme défendu par l'école de Harvard

695. Menace systématique. L'école structuraliste se situe à l'opposé du néoclassicisme défendu par l'école de Chicago. Comme leur nom l'indique, les penseurs de l'école d'Harvard attachent une importance toute particulière à la structure de marché,

1459 C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011, no 4, p. 70 et s., n° 28.

1460 E. Fox, « The Battle for the Soul of Antitrust », *California Law Review*, 1987, no 75, p. 917.

1461 R. H. Bork, « Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act », *Journal of Law and Economics*, 1966, no 9, p. 7 et s.

1462 Cette idée est présente chez J. S. Mill, lequel prend l'exemple des infrastructures de réseau telles le gaz ou l'eau (v. G. Numa, « Note sur le monopole naturel et le monopole pratique chez J. S. Mill », *Rev. éco.*, 2010, no 2, vol. 61). V. également O. E. Williamson, « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs », *American Economic Review*, 1968, no 58, p. 18 et s.

1463 J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, 1942.

1464 Ibid.

laquelle conditionnerait la concurrence qui y règne. Selon la théorie structuraliste, plus la concentration d'un marché est élevée, plus les risques de pratiques anticoncurrentielles sont élevés. Le pouvoir de marché d'un opérateur augmente avec le degré de concentration d'un marché et la difficulté d'y entrer. Edward Mason et Joe Bain¹⁴⁶⁵ synthétisent cette approche dans un modèle baptisé « SCP » : la structure du marché détermine le comportement des firmes, lequel explique leurs performances. Or, plus la concentration du marché sera forte, plus faibles seront les performances des acteurs qui maximiseront leurs profits au détriment des consommateurs. Dès lors, toute position dominante doit, en tant que telle, être considérée comme une menace. Les structuralistes arrivent également à la conclusion que les positions dominantes sont susceptibles d'être durables : la main invisible relève de l'illusion, le marché n'est pas capable, à lui seul, de les remettre en cause. Sans doute peut-on rattacher à cette conception l'existence d'un contrôle a priori des concentrations. Force est cependant de constater l'influence toute relative du modèle structuraliste sur le droit positif, en l'absence de toute intervention automatique à l'encontre d'éventuelles positions dominantes qui se seraient formées en dépit de l'existence d'un contrôle des concentrations.

2. *Les limites de la licéité de la domination*

696. Affaire Casino. Il est permis de s'interroger quant à la pertinence de cette approche économique en matière de franchise. Est-il légitime de considérer qu'un réseau puisse occuper une position dominante dans la mesure où il n'abuse pas de celle-ci ? La question est d'une certaine actualité puisqu'elle a été soulevée par l'Autorité de la concurrence dans un avis du 11 janvier 2012 concernant l'enseigne de grande distribution Casino¹⁴⁶⁶. Cette affaire est éloquentes tant elle permet de dresser le constat d'une situation manifestement préjudiciable à la concurrence (a), sans pour autant que les autorités aient les moyens juridiques d'intervenir (b).

a. Le constat d'une situation préjudiciable à la concurrence

697. « Les clés de Paris »¹⁴⁶⁷. Saisie à l'initiative de la ville de Paris, l'Autorité était invitée à s'interroger sur la situation concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire dans la capitale. Dans son avis, l'Autorité de la concurrence constate que le groupe Casino détient une part de marché d'environ 60 %¹⁴⁶⁸. Son concurrent direct et suiveur immédiat, le groupe Carrefour, détient pour sa part une part de marché cinq fois inférieure, évaluée en 2010 entre 10 % et 15 %. Dans une dizaine de quartiers parisiens, les magasins du groupe Casino représentent plus de 80 % de l'offre dispo-

1465 J. Bain, « Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries », *American Economic Review*, 1954, no 44, p. 15 et s ; E. Mason, « Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise », *American Economic Review*, 1939, no 29, p. 61 et s.

1466 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01.

1467 L'expression est empruntée à Olivier Dauvers, interrogé sur le sujet par le quotidien *Libération* (D. Albertini, « Désormais, Casino détient les clés de Paris », *Libération*, 10 juillet 2013).

1468 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01

nible¹⁴⁶⁹. Même si l'Autorité de la concurrence prend soin de rappeler que la saisine sur avis ne lui permet pas d'opérer une quelconque qualification au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, il semble difficile de contester l'existence d'une position dominante au profit de l'enseigne Casino, laquelle exerce au reste un contrôle conjoint sur le réseau Monoprix.

698. Politique commerciale pionnière. Toutefois, l'Autorité de la concurrence insiste sur la légitimité de l'acquisition de ce quasi-monopole. La concentration du marché aujourd'hui observée s'explique ainsi par deux facteurs principaux. Le groupe Casino a d'une part réalisé d'importants investissements sur le marché parisien. C'est ainsi qu'à la fin des années 1990, le réseau Casino a racheté l'enseigne Franprix/LeaderPrice, laquelle disposait d'une excellente implantation à Paris. Cette opération a été réalisée avec l'accord des autorités de la concurrence¹⁴⁷⁰. L'enseigne a par la suite entrepris une politique dynamique de modernisation et d'adaptation de ces magasins. D'autre part, la position dominante de Casino peut s'expliquer par le désintérêt de ses concurrents pour le marché parisien à l'époque où l'enseigne réalisait pour sa part ces investissements importants. Les enseignes concurrentes ont ainsi longtemps délaissé le commerce de proximité dans Paris intra-muros et misé sur le développement de supermarchés de grande taille en périphérie. Et l'Autorité de la concurrence de conclure que la « réussite du groupe Casino peut donc être imputée à sa stratégie et à ses mérites propres »¹⁴⁷¹.

699. Prix significativement supérieurs. Si cette position dominante ne résulte que du jeu normal de la concurrence, l'avis remarque encore qu'il n'est pas certain que le groupe Casino en fasse un usage abusif. L'Autorité de la concurrence constate ainsi que le groupe Casino pratique à Paris, pour les produits de grande marque, des prix « significativement supérieurs à ceux de certaines enseignes concurrentes »¹⁴⁷², de l'ordre de 2 % à 15 %. Cet écart est cependant contrebalancé par des prix plus compétitifs sur les produits de marque distributeur, qui représentent du reste une part importante du chiffre d'affaires du groupe. L'Autorité de la concurrence d'interroge cependant sur la pertinence d'un tel positionnement pour le consommateur : « les marques de distributeur peuvent représenter une part importante du chiffre d'affaires des magasins Franprix, non du fait de la préférence intrinsèque des consommateurs pour ces produits, mais parce que les prix élevés des produits de marque nationale dans les magasins Franprix contraignent les consommateurs à acheter des marques de distributeur »¹⁴⁷³, ajoutant que « le positionnement commercial choisi par Casino peut répondre à son propre objectif de

1469 Ibid., n° 121.

1470 Cons. conc., 5 mai 1998, Acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA, n° 98-A-06. Le Conseil de la concurrence avait à l'époque estimé que cette opération de concentration « ne confèr[ait] pas à la société Casino une position prééminente susceptible de porter atteinte à la concurrence ».

1471 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01.

1472 Ibid., n° 132.

1473 Ibid., n° 136.

maximisation des profits »¹⁴⁷⁴. La coexistence de deux types de tarifications au sein d'une entreprise en position dominante ne manque pas, en effet, de faire penser à ce que les économistes nomment discrimination par les prix du troisième degré ou segmentation des marchés¹⁴⁷⁵.

700. Impossibilité de s'immiscer dans la fixation des prix. Ces techniques de maximisation de profit sont-elles pour autant abusives ? La réponse à cette question n'est bien évidemment pas l'objet de la procédure d'avis, si bien que l'Autorité de la concurrence ne prend pas position. La pratique juridictionnelle permet cependant de donner quelques éléments de réponse. La position de principe en matière d'abus de domination par les prix est donnée par l'arrêt Sierna de la Cour de justice des communautés européennes. Les juges luxembourgeois précisent que « *si le niveau du prix d'un produit ne suffit pas nécessairement à révéler un abus de position dominante au sens dudit article, il peut cependant, par son importance, en l'absence de justification objective, constituer un indice déterminant* »¹⁴⁷⁶. Il convient alors d'apprécier le niveau des prix pratiqués par rapport au coût réel du produit¹⁴⁷⁷ ou par rapport à celui pratiqué par les concurrents de l'entreprise en position dominante¹⁴⁷⁸, voire par celle-ci sur des marchés où elle n'occupe pas une telle position¹⁴⁷⁹. En tout état de cause, l'écart relevé doit être significatif dans la mesure où le juge ne peut « *s'ériger en organisme de contrôle des prix ni s'immiscer dans la formation interne des prix* »¹⁴⁸⁰. Dès lors, on peut penser que la pratique de prix supérieurs d'environ 10 % à ceux pratiqués par les concurrents sera difficile à sanctionner par le biais de l'abus de domination. Ce d'autant plus que l'Autorité de la concurrence admet elle-même l'existence d'un certain nombre de justifications à cet écart¹⁴⁸¹. Il n'en reste pas moins que les marges dégagées par le

1474 Ibid.

1475 Sur la classification des différentes formes de discrimination par les prix, v. A. C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 4e éd., Macmillan and Co., 1932.

Par cette pratique, l'entreprise jouissant d'une position dominante va maximiser son profit en faisant payer à chaque consommateur le prix maximal qu'il est prêt à déboursier pour un produit ou un service donné. Le monopoleur va ainsi « *diviser la demande agrégée en sous-marchés en fonction d'une information exogène observable comme les classes d'âge, la localisation...* ». La firme va ensuite « *pratiquer un prix plus faible sur un marché où la demande est la plus élastique (demande très sensible à la variation de prix) et un prix plus élevé où la demande est relativement inélastique (demande insensible à la variation de prix)* ». Très concrètement, en l'espèce, les consommateurs qui le peuvent vont payer cher un produit de marque. Si la politique tarifaire était unique, les consommateurs les plus modestes n'auraient d'autre choix que de se détourner complètement du produit et n'achèteraient pas (demande élastique). Par la discrimination tarifaire, le monopole évite ce phénomène et maximise ses profits. V. notamment J.-M. Chevalier, *L'économie industrielle des stratégies d'entreprises*, 2e éd., Montchrestien, 2000, n° 223 et s.

1476 CJCE, 18 février 1971, Sierna, n° 40/70.

1477 Pour une telle méthode, bien que l'infraction ne soit pas finalement retenue, v. CJCE, 14 février 1978, United Brands, n° 27/76.

1478 CJCE, 13 novembre 1975, General Mortors, n° 26/75.

1479 CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, n° 78/70 : Rec. CJCE, p. 487.

1480 CJCE, *IV^e Rapport sur la politique de concurrence*, n° 76.

1481 La qualification d'abus repose en effet sur l'absence de justification objective. En ce sens, CJCE, 18 février 1971, Sierna, n° 40/70 ; CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, n° 78/70 : Rec. CJCE,

groupe¹⁴⁸² autoriseraient, selon l'avis de l'autorité de la concurrence, « *ces opérateurs à diminuer leurs prix s'ils étaient soumis à une concurrence plus forte* »¹⁴⁸³. Le constat est donc simple : le réseau Casino détient une position dominante dont il ne semble que raisonnablement abuser. Cette situation, parfaitement licite, est pour autant néfaste à la concurrence et, in fine, au consommateur.

b. La difficile remise en cause de la structure du marché

701. L'affaire Casino nous semble révélatrice des limites de l'approche actuelle de la position dominante. En matière de franchise – et plus encore dans le domaine de la distribution alimentaire –, la théorie économique classique des « marchés contestables » semble relativement inefficace à ramener le marché à un équilibre¹⁴⁸⁴. Les barrières à l'entrée sont telles que le marché ne pourra s'autoréguler, en tout cas à court ou moyen terme **(b-1)**. Dès lors, sauf à donner aux autorités de la concurrence le moyen d'agir directement, il faut se résigner à se satisfaire d'une concurrence qui, plus que jamais, semble mériter le qualificatif d'imparfaite **(b-2)**.

b-1. Leurre de la théorie des marchés contestables

702. Marché contestable ? L'école classique explique que si une firme en position dominante vient à profiter de celle-ci pour augmenter ses prix et sa marge, cette augmentation constitue une incitation pour ces derniers à se lancer sur le marché dominé. De la sorte, le marché s'autorégulerait les entrants cassant progressivement la position dominante. En pareille hypothèse, le marché est dit contestable, la concurrence potentielle garantissant des prix concurrentiels, même si le marché est en réalité dominé par une seule entreprise¹⁴⁸⁵. L'affaire Casino démontre toutefois les limites d'un tel raisonnement. En l'espèce, l'augmentation des prix et de la marge demeure relativement raisonnable, si bien que l'on peut douter qu'elle constitue un véritable mécanisme incitatif pour les concurrents. Quand bien même tel serait le cas, les concurrents potentiels ont-ils réellement la possibilité de venir concurrencer un réseau de franchise « enraciné » de longue date ? C'est tout le problème des barrières à l'entrée, largement illustré par l'affaire Casino.

703. Importantes barrières à l'entrée. À cet égard, il semble qu'un réseau de franchise ne puisse être assimilé à une entreprise classique. Si toute entreprise nécessite

p. 487. En l'espèce, l'enseigne Casino avance qu'elle a dû supporter d'importants investissements pour rénover ses points de vente, de même que les coûts du foncier commercial expliquent assez largement les écarts de prix constatés entre Paris et d'autres zones de chalandise. De même, la centrale d'achat serait, selon la tête de réseau, dans une position moins favorable vis-à-vis de ses fournisseurs que celle de ses concurrents, en raison notamment des plus faibles volumes d'achat.

1482 C'est-à-dire les marges cumulées réalisées en amont par la centrale d'achat et en aval par les franchisés.

1483 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01.

1484 Sur cette approche économique, v. infra, n° 702 et s.

1485 Sur la théorie des marchés contestables, v. l'étude fondatrice : W. J. Baumol, J. C. Panzar et R. D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt College Pub, 1982 et W. J. Baumol, « An Uprising in the Theory of Industry Structure », *The American Economic Review*, 1982, no 1, vol. 72, p. 1 et s.

des investissements matériels et humains, ces derniers sont probablement d'une importance toute particulière en matière de franchise. On ne s'improvise pas franchiseur, et le développement d'un réseau important, a fortiori d'un réseau capable de contester une position dominante ne peut se faire dans un bref délai. Implanter une enseigne, trouver des franchisés et des locaux pour ces derniers, développer une image de marque et un savoir-faire propres sont autant de barrières à l'implantation d'un nouveau réseau ; barrières qui n'existent pas ou sont largement minorées dans le cadre d'un commerce classique¹⁴⁸⁶. Le réseau de franchise induit un effet de taille qu'il sera très difficile pour un nouvel entrant de contrecarrer, dans la mesure où il sera durablement non compétitif. S'ajoutent à ces barrières « naturelles », des barrières législatives ou réglementaires, particulièrement prégnante en matière de distribution alimentaire depuis la loi Royer¹⁴⁸⁷. Les locaux commerciaux sont ainsi particulièrement rares et donc très chers, ce que l'Autorité de la concurrence ne manque pas de déplorer et d'identifier comme la principale barrière à l'entrée du marché¹⁴⁸⁸. Il est bien évidemment difficile de généraliser de telles analyses, et la contestabilité d'un réseau de franchise est sans doute différente selon qu'il exploite des supermarchés alimentaires ou des salons de coiffure. À secteur d'activité donné, il est en revanche certain que l'intégration verticale constitue une barrière à l'entrée pour les concurrents potentiels. L'avis du 11 janvier 2012 est réduit à en faire, impuissant, le constat : l'Autorité de la concurrence y écrit que l'existence d'une position dominante au profit de Casino, préjudiciable à la concurrence paraît « *difficilement réversible, à moins qu'une intervention significative sur la structure du marché et la répartition du parc de magasins puisse être lancée* »¹⁴⁸⁹.

1486 A l'exception peut-être précisément des « industries de réseau », c'est-à-dire celles qui s'appuient non sur un réseau de commerçants indépendants, mais sur un réseau d'infrastructures matérielles (électricité, gaz, télécoms, etc.). On pourrait également mettre à part les industries de très haute technologie (aéronautique par exemple) où les coûts de recherche et développement apparaissent également comme d'importantes barrières à l'entrée. Il n'en reste pas moins que ces industries sont, par hypothèse, plus rares que les franchises de produits de consommation courante.

La question des interactions entre distribution verticale et barrières à l'entrée a fait l'objet d'une abondante littérature économique. On pourra à cet égard se référer à l'étude d'Alain Bayet et Fabienne Rosenwald (A. Bayet et F. Rosenwald, « Relations verticales, intégration et barrières à l'entrée », *Annales d'économie et de statistiques*, 1997, no 48). V. également P. Aghion et P. Bolton, « Contracts as Barriers to Entry », *American Economic Review*, 1987, no 77, p. 388 et s.

1487 On connaît la rareté et le coût du foncier commercial qui, depuis la loi Royer du 27 décembre 1973 fait l'objet d'importants contrôles, notamment par le biais des Commissions départementales d'équipement commercial et de la Commission nationale d'équipement commercial au-delà de 1000 m² de surface de vente. Sur cette question, v. J.-B. Auby, « Urbanisme commercial et concurrence », *Dr. adm.*, 2010, no 5, p. 1 et s ; C. Montet et F. Venayre, « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Rev. Lamy conc.*, 2004, no 1, p. 174 et s. ; P. Terneyre, « Sur les incohérences, effets pervers et failles de certaines dispositions du droit de l'urbanisme commercial », *LPA*, 1996, no 68, p. 24 et s. ; J.-B. Auby, « Faut-il abroger la loi Royer ? Un point de vue de juriste », *RDI*, 1994, no 4, p. 559 et s.

1488 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01

1489 Ibid., n° 188.

b-2. La revendication d'un contrôle ex post des structures de marché

704. Une telle intervention est d'ores et déjà possible pour l'Autorité de la concurrence, qui dispose depuis la loi LME d'un pouvoir d'injonction structurelle¹⁴⁹⁰. L'article L. 752-26 du Code de commerce permet en effet à l'Autorité d'enjoindre à une entreprise en position dominante de procéder à la cession de points de vente. Cette possibilité est toutefois largement encadrée et n'apparaît, dans l'esprit du texte, que comme un ultime recours. Une telle injonction n'est possible que si un abus de position dominante a été constaté et que, malgré sa condamnation, l'entreprise a persisté dans son comportement¹⁴⁹¹. L'Autorité appelle de ses vœux un pouvoir renforcé et surtout plus aisé à mettre en œuvre. Cette revendication est appuyée, dans l'avis du 11 janvier 2012, sur les pouvoirs des autorités de la concurrence d'autres pays européens tels que la Grande-Bretagne¹⁴⁹². Un tel pouvoir, s'il devait être octroyé à l'Autorité de la concurrence par le législateur témoignerait d'un net changement de paradigme politique et économique. Le débat semble davantage relever de la sphère publique que juridique, quoique d'aucuns aient déjà exprimé leur réticence sur le bien-fondé d'un tel interventionnisme¹⁴⁹³.

1490 Sur cette réforme, v. P. Arhel, « Projet de loi de modernisation de l'économie : Le volet « concurrence » », *JCP E*, 2008, no 20, p. 3 et s ; D. Bosco, « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2008, no 11, p. 27 et s ; F. Chaput, « Contrôler sa distribution : l'impossible pari », *JCP E*, 2010, no 41, p. 51 ; E. Claudel, « Modernisation de la régulation de la concurrence (LME numéro 2008-776 du 4 août 2008 et Ord. numéro 2008-1161) », *RTD com.*, 2009, no 1, p. 91 ; J.-L. Fourgoux, « Sur une autorité de concurrence moderne ? », *RJ com.*, 2008, no 4, p. 251 et s ; M. Malaurie-Vignal, « Sur les aspects concurrentiels du projet de loi de modernisation de l'économie », *Contrats, conc. consom.*, 2008, no 7, p. 1 ; J. Philippe *et al.*, « Note sous Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 », *Gaz. Pal.*, 2008, no 356, p. 12 et s.

1491 Dans son rapport 2010, l'Autorité relève que ces différentes conditions rendent cet outil quasi inapplicable en pratique. Cette constatation est relayée dans l'avis du 11 janvier 2012 où l'Autorité indique que « *cette disposition ne permet [...] pas à l'Autorité de la concurrence d'agir sur la structure de marché et de remédier à la concentration élevée du marché constatée à Paris ou dans d'autres zones de chalandise* » (Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01).

1492 *Ibid.*, p. 56.

1493 David Bosco qualifie cette proposition de mesure « *d'un autre temps* » (D. Bosco, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *Contrats, conc. consom.*, 2012, no 3, repère 3). Marie Malaurie-Vignal a également exprimé son scepticisme dans un commentaire de l'avis exclusivement consacré à cette question. L'auteur y indique en conclusion que « *ce pouvoir d'injonction structurelle reconnu en l'absence d'abus, remet[trait] en cause les principes essentiels d'un droit de la concurrence fondé sur les mérites d'un droit de la concurrence aux sanctions proportionnées et d'un droit de la concurrence qui ne sanctionne pas la position dominante mais son abus* » (M. Malaurie-Vignal, « Réflexions entre les liens existant entre urbanisme commercial, contrôle des structures et protection de la concurrence », *D.*, 2012, p. 691).

V. également M. Malaurie-Vignal, « Situation concurrentielle dans la distribution alimentaire à Paris », note sous Aut. conc., 11 janvier 2012, *Contrats, conc. consom.*, 2012, 33, comm. 63.

B. Le réseau de franchise, fait justificatif d'éventuels abus de domination

705. La caractérisation d'un abus de domination commis par un réseau de franchise se heurte ainsi à diverses problématiques, qui rendent probablement sa condamnation plus difficile qu'en présence d'une entreprise classique. Quand bien même un tel abus pourrait être établi, d'autres mécanismes propres au droit interne permettent encore de légitimer ce comportement.

706. Un arrêt du 4 mai 1999¹⁴⁹⁴ illustre parfaitement la difficulté d'appréhender l'abus de position dominante commis par un réseau de franchise au travers de la question du refus de vente. On sait que le refus de vente est l'un des éléments susceptibles de caractériser un comportement abusif pour une entreprise en position dominante¹⁴⁹⁵. L'arrêt précité invite à s'interroger sur la rigueur avec laquelle doit être apprécié ce type de comportement lorsqu'il est le fait d'un réseau de franchise placé en position dominante. En l'espèce, un commerçant indépendant commercialisait des vêtements de marque Cerruti, qu'il commandait habituellement par l'intermédiaire d'un agent commercial de la marque. Cerruti ayant décidé, en 1991, de développer son propre réseau de franchise refusa de satisfaire la commande de ce commerçant. Estimant qu'il était victime d'un abus de position dominante, le revendeur assigna son fournisseur afin qu'il lui soit fait obligation de satisfaire lesdites commandes. Cerruti estimait pour sa part que son refus de fournir son ancien client était justifié par le mécanisme même de la franchise. Celui-ci étant, in fine, bénéfique au consommateur, il ne saurait être reproché à l'entreprise d'avoir mis en œuvre les pratiques propres à préserver le réseau de distribution qu'elle créait. L'arrêt estimant acquise la position dominante de l'entreprise Cerruti¹⁴⁹⁶, la question se posait de savoir si l'abus de position dominante était éligible à l'une des exemptions posées par l'article 10 de l'ordonnance de 1986, devenu depuis article L. 420-4 du Code de commerce. Autrement formulé, l'arrêt pose la question de savoir si l'existence d'un réseau de franchise peut apparaître comme une justification valable d'un abus de position dominante.

1494 Cass. Com., 4 mai 1999, Thierry Kam's c/ Cerrutti 1881, n° 97-13.402, *RJDA*, 1999, n° 1014, *LPA*, 2000, n° 68, p. 16, note Malaurie-Vignal et Reboul.

1495 En tant que tel, le refus de vente n'est plus prohibé entre professionnels depuis la loi du 1^{er} juillet 1996, sous réserve de l'application de l'article 225-2 du Code pénal qui prohibe le délit de discrimination. Il n'en reste pas moins que cette pratique est – aujourd'hui encore – susceptible de constituer un abus pour une entreprise en position dominante (v. notamment D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 347 ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, 2006, n° 256 ; A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 4^e éd., L.G.D.J., 2010, n° 276).

1496 La motivation laisse toutefois perplexe, la Cour de cassation se contentant de valider le raisonnement de la Cour d'appel qui, constatant que « Cerruti défini[ssait] la politique commerciale du groupe et décid[ait] dans quelles conditions les produits marqués Cerruti [pouvaient] ou non être revendus par des tiers n'étant pas des distributeurs exclusifs ou des points de vente Cerruti » en déduit que la société Cerruti occupait une position dominante sur le marché des vêtements portant sa marque. Il est peu dire que la définition du marché pertinent ainsi effectuée peut paraître bien étroite...

707. Progrès économique. C'est une réponse affirmative que formule la Cour de cassation, estimant que l'existence d'un réseau de franchise est bel et bien une pratique ayant pour effet d'assurer un progrès économique. C'est en effet à bon droit que la Cour d'appel de Paris avait relevé que « *le mode de distribution de vêtements de prêt-à-porter de luxe pour hommes et d'accessoires masculins par des magasins spécialisés dans la présentation et la mise en valeur des articles proposés ainsi que dans l'argumentation de vente, constitue un développement économique avantageux pour les clients, qui outre une sélection d'articles de qualité, trouvent dans ces boutiques un environnement soigné de nature à préserver et à accroître le prestige de la marque et un personnel attentionné, bénéficiant d'un certain savoir-faire apte à les conseiller utilement* »¹⁴⁹⁷. Ce faisant, le refus de vente avait bien pour effet d'assurer un progrès économique, en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Elle devait donc être légitimée par le truchement de l'article 10, 2° de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ce d'autant plus qu'il n'était pas allégué par l'entreprise requérante que ces pratiques pouvaient avoir pour effet d'éliminer tout ou partie de la concurrence pour les produits en cause¹⁴⁹⁸.

708. Dans cette décision, certes non publiée, le réseau de franchise est donc appréhendé comme un fait justificatif des pratiques anticoncurrentielles. Si la solution n'est pas choquante au regard de la formulation de l'article L. 420-4 du Code de commerce, l'arrêt peut surprendre par sa relative clémence quant à la preuve du progrès économique généré par ce système de distribution. Sans aller jusqu'à poser une véritable présomption, les magistrats du quai de l'Horloge témoignent manifestement d'un regard bienveillant sur la franchise : le progrès économique est ici apprécié au regard des seuls avantages de la franchise (meilleure qualité de service, sélection et présentation des produits, formation du personnel, etc.), sans s'intéresser, par exemple, aux répercussions de telles pratiques sur les prix¹⁴⁹⁹. Le bilan économique ainsi dressé par la Cour d'appel peut apparaître relativement sommaire, sans pour autant entraîner la censure de la Cour de cassation.



709. Ici encore, l'organisation spécifique que constitue pourrait être un obstacle à l'application du droit de la concurrence. En effet, la prohibition de l'abus de domination vise les entreprises ou groupes d'entreprises, deux notions assez floues dans lesquelles il n'est pas évident que le réseau entre. Cette première source de difficulté est cependant aisément surmontée et, s'il n'est pas certain que le réseau doive systématiquement être

1497 Cass. Com., 4 mai 1999, Thierry Kam's c/ Cerrutti 1881, n° 97-13.402, *RJDA*, 1999, n° 1014, *LPA*, 2000, n° 68, p. 16, note Malaurie-Vignal et Reboul.

1498 On peut toutefois se demander si la solution aurait été identique dans l'hypothèse où le distributeur aurait soulevé un tel argument devant les juges du fonds. Cette question n'est en effet pas étudiée par la Cour de cassation qui constate la nouveauté du moyen.

1499 Sur la prise en compte des intérêts des consommateurs au titre du bilan économique, v. J.-P. Bonthoux, « L'intérêt des consommateurs, fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français », *Concurrence et consommation*, 1994, p. 53 et s.

considéré comme une entreprise unique, il est en revanche aisé de le considérer comme un « groupe d'entreprises ». Cet écueil surmonté n'implique pas pour autant une sanction efficiente des positions dominantes qui, en accord avec la doctrine économique ordolibérale, ne sont sanctionnées que si elles s'accompagnent de comportements « anormaux ». Or, il semble qu'une position dominante quoique régulièrement acquise et bien que son auteur n'en fasse pas abus, est susceptible d'engendrer une hausse marginale des prix. Ce constat a conduit l'Autorité de la concurrence à solliciter, dans un avis du 11 janvier 2012¹⁵⁰⁰, un renforcement de ses pouvoirs en pareil cas, lui permettant de demander plus aisément au réseau la cession de points de vente. On ne peut que souscrire à un tel vœu, mais s'il est pour l'instant demeuré pieux.

SECTION II. LE RÉSEAU, OBJET DE L'ABUS DE DOMINATION

710. La première partie de cette étude nous a conduits à nous interroger sur la possibilité de sanctionner un réseau en position dominante. Le caractère malléable du droit de l'abus de domination permet toutefois d'envisager une situation radicalement différente, où le réseau n'est plus l'auteur, mais l'objet de l'infraction. La problématique est en somme la suivante : la création d'un réseau par une entreprise occupant d'ores et déjà une position dominante peut-elle être envisagée comme un abus de cette position ? La jurisprudence européenne a dégagé à cet égard deux principes, lesquels peuvent tous deux apparaître comme une application du fameux adage « position dominante oblige »¹⁵⁰¹. Ce qui est en principe licite apparaîtra suspect pour une entreprise placée en position dominante. C'est ainsi qu'une entreprise occupant une position dominante est susceptible de voir sa liberté relativement réduite quant à la création d'un réseau **(I)**. En outre, rien ne permet d'écarter que la jouissance d'un réseau important et inédit puisse être perçue comme une « facilité essentielle » dans le cas d'une entreprise occupant une position dominante **(II)**.

I. LE RÉSEAU DE FRANCHISE PERÇU COMME UN VERROUILLAGE ABUSIF DU MARCHÉ

711. Création d'un réseau de franchise par une entreprise en position dominante. Il peut être tentant pour une entreprise placée en position dominante d'essayer de verrouiller le marché en emprisonnant contractuellement ses clients de telle sorte

1500 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01

1501 C. Grynfogel, « Abus de position dominante – Article 102 du TFUE », Fascicule n° 268, *in J.-Cl. Commercial*, n° 92.

qu'ils ne puissent s'adresser à la concurrence, si celle-ci devait s'intensifier sur le marché en question. L'une des possibilités pour parvenir à un tel verrouillage est d'intégrer de façon plus ou moins intense ces distributeurs en leur faisant conclure des contrats d'une durée relativement longue, éventuellement accompagnés d'une exclusivité de fourniture partielle ou totale¹⁵⁰². Le contrat de franchise peut constituer un moyen d'arriver à de telles fins. La problématique peut dès lors être formulée ainsi : la création d'un réseau de franchise peut-elle être considérée comme un abus de position dominante ? La réponse est évidemment délicate. On comprend aisément l'impact négatif de telles pratiques sur la concurrence. Poussé à l'extrême, le raisonnement aboutit toutefois à sanctionner sur le fondement de l'abus de position dominante une entente qui pourrait être, en temps normal, exemptée. Ce qui est licite et exempté au titre du droit des ententes pour un fournisseur classique deviendrait donc illicite pour un fournisseur en position dominante. Le contrôle de l'entente glissant alors vers celui de l'abus de position dominante. Maître Rémy Bouscant résume la situation en ces termes : « *il existe en effet chez les entreprises en position dominante un tel état de force économique que les comportements anodins pour la concurrence émanant de petites entreprises deviennent très restrictifs lorsqu'ils proviennent de grandes unités* »¹⁵⁰³. Il y aurait toutefois quelque paradoxe à admettre que l'abusif puisse s'inférer du licite. Le raisonnement est fort heureusement bien loin d'être aussi systématique. Aussi, ce n'est que dans des cas relativement exceptionnels que l'intensification des liens avec les distributeurs a pu être sanctionnée sous le prisme de l'abus de domination.

712. La jurisprudence pose en effet le principe selon lequel le renforcement de l'intégration verticale au moyen d'une exclusivité à la charge d'un distributeur n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de position dominante¹⁵⁰⁴. La jurisprudence européenne semble relativement sévère à l'égard de ce type de clause, comme en témoigne l'emblématique arrêt Hoffmann-La Roche. Un fabricant de vitamines en position dominante avait conclu un certain nombre de contrats avec ses distributeurs, y intégrant une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Pour la Cour de justice, de telles stipulations ne reposent pas « *sur une prestation économique [...], mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses*

1502 Sur le régime de telles clause au regard du droit des ententes, v. n° 177 et s.

1503 A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5e éd., L.G.D.J., 2012, n° 273.

1504 V., par exemple, R. Bouscant, « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *RTD eur.*, 2000, no 1, p. 67 : « *la conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante* ». Dans le même sens, Cons. conc., 25 avril 2007, Sté KalibraXE, n° 07-MC-01, *RDC*, 2007, n° 4, p. 1171, note Idot, *Concurrences*, 2007, n° 3, p. 99, obs. Wachsmann ; Cons. conc., 3 juillet 2008, Sté Cybervitrine c/ Sté Photomaton, n° 08-D-16, *Contrats, conc. consom.*, 2008, comm. 209, note Bosco ; Cons. conc., 7 mai 2008, Stés France Télécom et France Télévision, n° 08-D-10, *Contrats, conc. consom.*, 2008, comm. 185, note Decocq, *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 127, note Chagny.

La jurisprudence européenne reprend une analyse similaire : v. par exemple Cons. conc., 17 décembre 2008, iPhone, n° 08-MC-01, *Contrats, conc. consom.*, 2009, comm. 52, note Bosco.

sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs »¹⁵⁰⁵. Une décision similaire est prise à l'encontre d'un fournisseur de glaces qui avait imaginé imposer une obligation d'exclusivité à ses distributeurs en contrepartie de la fourniture de certaines installations, tels les congélateurs. Pour le Tribunal, « *la clause d'exclusivité a pour effet d'empêcher les détaillants concernés de vendre d'autres marques de glaces ou de réduire leur possibilité de réaliser de telles ventes, et ce alors même qu'il y a une demande pour de telles marques, et à empêcher l'accès du marché de référence aux fabricants concurrents* »¹⁵⁰⁶. Pour les autorités françaises, l'illicéité d'une clause d'exclusivité conclue au bénéfice d'une entreprise en position dominante doit s'apprécier au regard de critères divers parmi lesquels « *le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la dispersion géographique et l'atomicité de la demande* »¹⁵⁰⁷. Ces critères doivent permettre à l'Autorité de la concurrence de s'assurer que ces clauses « *n'installent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché* »¹⁵⁰⁸.

713. Dans les deux cas, la perspective est totalement différente de celle adoptée par le droit des ententes qui s'intéresse directement à la justification et à la proportionnalité de l'obligation d'exclusivité à l'égard du cocontractant¹⁵⁰⁹. Or, ce n'est pas ici l'équilibre contractuel qui déterminera la licéité de la pratique, mais uniquement son effet sur les tiers à l'accord, quand bien même elle pourrait être profitable et justifiée pour les deux parties. Comme le fait remarquer la décision Van den Bergh Foods, l'argument selon lequel la stipulation de clauses d'exclusivité ne devrait être critiquée au titre de l'abus de domination que « *si elle était dépourvue de justifications commerciales objectives, ne saurait être accepté* »¹⁵¹⁰. C'est donc, a contrario, qu'une clause d'exclusivité nécessaire au réseau de distribution pourra néanmoins constituer un abus de domination. Faudrait-il déduire que la nécessité d'une clause d'exclusivité pour un réseau de franchise ne peut permettre de justifier automatiquement celle-ci au titre de l'abus de domination ? Cette sentence s'accompagne toutefois d'une nuance de taille, la Cour réservant expressément le cas d'une exemption sur le fondement de l'article 101 § 3 (à l'époque 85 § 3). En pareille hypothèse, la restriction de concurrence que constitue l'obligation d'exclusivité est présumée compensée et justifiée par les bénéfices résultant de l'accord exempté¹⁵¹¹. Une exemption par catégorie en droit des ententes semble donc faire également peser une présomption de licéité du réseau au titre de l'abus de domination.

1505 CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, n° 85/76 : Rec. CJCE, 1979, p. 461.

1506 TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods, n° T-65/98.

1507 Ibid.

1508 Cons. conc., 17 décembre 2008, iPhone, n° 08-MC-01, *Contrats, conc. consom.*, 2009, comm. 52, note Bosco.

1509 Sur ce point, v. n° 180.

1510 Cons. conc., 25 avril 2007, Sté KalibraXE, n° 07-MC-01, *RDC*, 2007, n° 4, p. 1171, note Idot, *Concurrences*, 2007, n° 3, p. 99, obs. Wachsmann.

1511 CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, n° 85/76 : Rec. CJCE, 1979, p. 461.

II. LE RÉSEAU DE FRANCHISE PERÇU COMME UNE FACILITÉ ESSENTIELLE

714. La théorie des facilités essentielles est largement associée au terme de réseau. En pareil cas, le terme de réseau est cependant utilisé dans son acception technique, afin de décrire les diverses infrastructures mises en place par les opérateurs économiques dans certains secteurs tels l'électricité ou la téléphonie (A). Hormis l'utilisation d'un même terme dans une acception différente, il semble donc, de prime abord, n'y avoir que peu de liens entre la théorie des facilités essentielles et les réseaux de franchise. Il nous semble pourtant qu'un parallèle puisse être tenté, certes avec une audace relative (B).

A. Les industries de réseau, berceau de la théorie des facilités essentielles

715. **Affaire « Terminal Railroad Association ».** La théorie des facilités essentielles est née outre-Atlantique du célèbre arrêt Terminal Railroad Association¹⁵¹². Les faits ayant donné lieu à cette décision de la Cour Suprême sont symptomatiques : un riche homme d'affaires était parvenu à acquérir la totalité des infrastructures permettant de franchir le Mississippi au niveau de la ville de Saint-Louis. Cette situation de monopole lui permettait d'exiger le paiement de redevances excessives des compagnies de transport. Bien évidemment, eu égard au coût de ces infrastructures, toute contestation du monopole apparaissait économiquement illusoire. Considérant de telles pratiques comme « anticoncurrentielles », la Cour Suprême ordonne le démantèlement du monopole et l'accès aux infrastructures à des conditions raisonnables¹⁵¹³.

716. **Infrastructures difficiles à reproduire.** Cette théorie a largement été reçue en droit européen. La définition de la notion de facilité essentielle a été donnée par un arrêt du Tribunal de première instance : il s'agit des infrastructures, produits ou services indispensables ou essentiels pour l'accès au marché pertinent qui, « *en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin* »¹⁵¹⁴, n'offrent pas « *d'alternatives viables pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouve[nt], de ce fait, exclus du marché* »¹⁵¹⁵. En pareille hypothèse, l'intérêt de la concurrence est susceptible de justifier une forme d'atteinte au droit de propriété, obligeant l'entreprise en position dominante à faire profiter ses rivales des installations jugées essentielles. Si cette théorie

1512 U.S. Sup. Ct., United States v. Terminal Railroad Association (1912) : 224 US 383 : « *a combination of terminal facilities, which is an illegal restraint of trade by reason of the exclusion of nonproprietary companies, may be modified by the court by permitting such nonproprietors to avail of the facilities on equal terms* »

1513 Pour une étude d'ensemble de la question, v. M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des « facilités essentielles » », *Rev. conc. consom.*, 2001, no 119, p. 38 et s.

1514 TPI, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd, n° T-374/94 : Rec. II-03141.

1515 Ibid.

a subi de nombreuses critiques et avatars aux États-Unis depuis sa consécration, elle jouit d'un courant relativement favorable en Europe¹⁵¹⁶.

717. Plasticité de la théorie. Le berceau de l'application de cette théorie est tout naturellement les entreprises exerçant dans les domaines de l'électricité, l'eau, le transport aérien et ferroviaire, le téléphone ou internet. La théorie des facilités essentielles a cependant rapidement montré que sa plasticité autorisait à l'appliquer à toutes les activités économiques supposant des investissements importants et difficilement reproductibles. C'est ainsi qu'elle a plus récemment été appliquée à des droits de propriété intellectuelle ou industrielle¹⁵¹⁷. Comme le note l'auteur d'une thèse sur le sujet, « *l'essentialité n'est pas une qualité appartenant en propre à un objet. La conséquence directe est que tout objet, tangible ou non, matériel ou non, peut potentiellement être reconnu essentiel.* »¹⁵¹⁸ Si l'on emprunte la pensée de Monsieur Guillaume Dezobry, aucun obstacle conceptuel ne s'oppose donc à l'application de la théorie des facilités essentielles à un objet juridique aussi insaisissable que le réseau de franchise. Reste à se demander si ce dernier est susceptible de revêtir les caractéristiques d'une installation essentielle¹⁵¹⁹. Deux critères cumulatifs ont été dégagés pour caractériser une installation essentielle : l'un de nécessité, l'autre d'unicité¹⁵²⁰. Une installation n'est essentielle que tant qu'elle est indispensable à l'accès au marché pertinent et impossible à reproduire dans des conditions économiquement raisonnables. En somme, l'éventuelle application de la théorie des facilités essentielles aux réseaux de franchise amène deux interrogations subséquentes : existe-t-il des activités qui ne puissent être exercées autrement qu'en franchise ? De tels réseaux de franchise sont-ils toujours, juridiquement et économiquement, reproductibles ?

B. L'absence d'application aux réseaux de franchise

718. L'honnêteté commande de préciser d'emblée que la question de l'application de la théorie des infrastructures essentielles à un réseau de franchise relève à l'heure actuelle, à tout le moins de la prospective, voire du simple exercice de pensée. Il n'existe aucun élément jurisprudentiel ou doctrinal permettant de suggérer une telle extension de cette théorie. Certaines analogies qui dépassent largement l'emploi du mot « réseau » nous paraissent cependant justifier une telle étude.

1516 Sur les différences d'appréciation franco-américaines, v. F. Marty et J. Pillot, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflète et perspectives de la vie économique*, 2011, no 4, T. L, p. 197 et s.

1517 CJCE, 6 avril 1995, Magill, n° C-241/91 et C-242/91 : Rec. CJCE 1995, I, p. 808, *Europe*, 1995, chron. 8, p. 1, obs. Carreau, *RTD com.*, 1995, p. 606, note Françon

1518 G. Dezobry, *La théorie des facilités essentielles*, L.G.D.J., 2009, p. 107.

1519 Certains économistes font remarquer qu'il n'existe à proprement parler aucune infrastructure qui soit absolument essentielle : « *all physical facilities can be duplicated at some cost. Whether a facility is duplicable or not is always, or almost always, determined by economic or legal considerations, rather than by the laws of nature* » (M. A. Bergman, « The Role of the Essential Facilities Doctrine », *Antitrust Bulletin*, 2001, no 46, p. 403 et s.).

1520 G. Dezobry, *La théorie des facilités essentielles*, L.G.D.J., 2009, p. 33.

719. Le réseau de franchise comme infrastructure essentielle ? La première interrogation dans une telle entreprise intellectuelle est probablement de se demander si un point de vente peut, en tant que tel, constituer une infrastructure essentielle. Aucune décision ne l'a clairement affirmé à notre connaissance. Le Conseil de la concurrence avait toutefois été interrogé, quoiqu'indirectement, sur la question à propos de la distribution des monographies touristiques¹⁵²¹. Dans cette décision, le Conseil affirme en substance qu'un point de vente ne peut être considéré comme une infrastructure essentielle dans la mesure où il existe suffisamment de points de vente concurrents, contrôlés par d'autres opérateurs. A contrario, il n'existe donc aucun obstacle à une telle reconnaissance dans l'hypothèse où les points de vente seraient une denrée relativement rare et contrôlée majoritairement par un opérateur unique. La décision du Conseil de la concurrence vise clairement les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Oscar Bronner GmbH, lequel expose qu'« *une société jouissant d'une position dominante dans la fourniture d'installations qui sont essentielles pour la fourniture de biens ou services sur un autre marché abuse de sa position dominante en refusant, sans justification objective, de donner accès aux dites installations* »¹⁵²². Cette situation est parfaitement susceptible de trouver application dans l'hypothèse, par exemple, des rapports entre réseau de franchise de distribution et fournisseur. L'accès à la grande distribution apparaît souvent pour ces derniers comme indispensable pour exercer leur activité en amont¹⁵²³.

720. Ressource rare. Le Conseil de la concurrence a pu, implicitement faire référence à la théorie des facilités essentielles en matière de réseaux de distribution. Dans une décision du 8 avril 2004, le Conseil estime ainsi que « *les linéaires des grandes et moyennes surfaces constituent une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre producteurs* »¹⁵²⁴. De façon assez paradoxale, cet attendu de principe se retourne toutefois contre les producteurs, le Conseil estimant que « *toute pratique qui restreint de manière illicite la concurrence sur ces linéaires prive le consommateur final de la possibilité d'accéder aux produits qui n'y ont pas trouvé leur place* »¹⁵²⁵. Les commentateurs de l'arrêt n'ont pas manqué de relever que « *lorsque la doctrine envisageait l'application de la théorie des installations essentielles à la distribution, c'était pour protéger les entreprises de production contre les abus de la grande distribution en énonçant que pour un industriel, la mise en rayon sur linéaire est essentielle à son activité et constitue à ce titre*

1521 Cons. conc., 29 avril 2008, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques, n° 08-D-08.

1522 CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH c/ Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH, n° C-7/97.

1523 Une telle pratique pourrait sans doute s'apparenter à un déréférencement, lequel fait l'objet d'une réglementation particulière. Sur la question, v. D. Ferrier, « Les nouvelles règles du (dé)référencement », *JCP E*, 1996, no 46, p. 6 ; L.-M. Augagneur, « Concurrence : L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales », *JCP E*, 2009, no 42, p. 22 ; A. de Brosses, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et patr.*, 2003, no 116, p. 50 et s.

1524 Cons. Conc., 8 avril 2004, Sté des producteurs réunis de Roquefort, n° 04-D-13.

1525 Ibid.

une ressource rare »¹⁵²⁶. La seule référence en droit positif à ce concept aboutit à une solution opposée. Le souci de protéger ces fournisseurs en situation de dépendance, y compris lorsqu'ils ne sont pas confrontés à un franchiseur en position dominante est à l'origine de la création d'infractions spécifiques à l'abus de dépendance économique.



721. L'application de la théorie des facilités essentielles aux cas des réseaux de franchise reste aujourd'hui de l'ordre de la fiction. Les principales applications de cette théorie ne concernent à l'heure actuelle que les réseaux d'infrastructures matérielles à l'instar des réseaux électriques, aériens, ferroviaires, téléphoniques ou internet. Cependant, les problématiques rencontrées dans ces domaines rejoignent pour une bonne part celles qui concernent les grands réseaux de distribution qui apparaissent souvent pour les fournisseurs comme un passage obligé et un préalable nécessaire à toute commercialisation. Aussi, certaines solutions mises en œuvre dans le cadre des infrastructures essentielles pourraient trouver à s'appliquer aux grands réseaux de distribution. Pourquoi, par exemple, ne pas imaginer qu'un important réseau de distribution, ayant acquis une position dominante sur un marché spécifique, soit contraint par les autorités de la concurrence à ouvrir ses rayonnages à un produit donné ? Du point de vue du producteur en effet, les rayonnages du réseau apparaissent comme une ressource à la fois rare et indispensable. La lecture combinée des décisions du 8 avril 2004¹⁵²⁷ et 29 avril 2008¹⁵²⁸ du Conseil de la concurrence permet peut-être d'affirmer qu'un tel raisonnement ne relève pas totalement de la fiction.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

722. **Faible impact.** Le contrôle de l'abus de position dominante n'a donc pas une influence déterminante sur les relations entre le réseau et les tiers. Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer de prime abord, les raisons de cette faible emprise ne tiennent probablement pas à la difficulté à appréhender le réseau dans sa globalité. Les

1526 M. Malaurie-Vignal, « En raison de la position dominante d'un producteur, il ne peut obtenir des engagements lui assurant une représentativité de tous ses produits sur les linéaires, car l'accès à un linéaire constitue une ressource rare », note sous Cons. conc., 8 avril 2004, *Contrats, conc. consom.*, 2004, 66, comm. 95.

1527 Le Conseil de la concurrence y indique que « les linéaires des grandes et moyennes surfaces constituent une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre producteurs » (Cons. Conc., 8 avril 2004, Sté des producteurs réunis de Roquefort, n° 04-D-13).

1528 Cons. conc., 29 avril 2008, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques, n° 08-D-08.

notions d'entreprise ou de groupe d'entreprises auxquelles renvoie la prohibition de l'abus de position dominante ne posent pas de difficultés majeures pour s'appliquer aux réseaux de franchises. Les raisons de l'impact relativement marginal du contrôle de l'abus de position dominante sont à rechercher ailleurs.

723. Nécessité d'un renforcement du contrôle. Celles-ci n'ont rien de spécifique aux réseaux de franchise, mais découlent directement du point de vue économique embrassé par le législateur. Trois grandes approches sont envisageable face à un monopole ou quasi-monopole régulièrement acquis : une absence totale d'intervention, une intervention systématique et une intervention cantonnée aux hypothèses où l'entreprise en position dominante modifie son comportement à raison de celle-ci. Ces trois analyses sont, schématiquement, celles respectivement défendues par les écoles de Chicago, Harvard et Fribourg. Les législations, tant nationale qu'européenne, sont fortement influencées par cette troisième école, comme le traduit elle-même la notion d'« abus » de position dominante. Il semble toutefois qu'un infléchissement de cette conception puisse parfois être nécessaire. L'expérience démontre qu'une position dominante régulièrement acquise peut nuire à l'équilibre du marché et principalement à la compétition par les prix, y compris en l'absence d'abus de l'entreprise en question. Au plan national, l'Autorité de la concurrence s'est émue des conséquences de cette situation dans un avis du 11 janvier 2012¹⁵²⁹ relatif à la grande distribution alimentaire à Paris. La forte concentration du marché et la position dominante acquise par le groupe Casino induisent mécaniquement une hausse des prix, sans toutefois que le comportement de l'entreprise puisse être considéré comme abusif. Une telle situation est donc préjudiciable au marché, aux concurrents et au consommateur, sans toutefois que les autorités de la concurrence aient les moyens de la juguler.

724. La théorie des facilités essentielles comme source d'inspiration ? Les tiers partenaires du réseau placé en situation de position dominante sont également susceptibles d'être victimes d'un tel schéma. En effet, dans certains secteurs – desquels la distribution alimentaire est symbolique – les rayonnages des réseaux de distribution constituent une ressource rare, nécessaire à l'activité de nombreux industriels et producteurs. Plusieurs décisions des autorités de la concurrence¹⁵³⁰ montrent que le réseau de franchise pourrait alors être considéré comme une installation essentielle à laquelle la tête de réseau serait contrainte de laisser l'accès. Un tel raisonnement relève toutefois à l'heure actuelle de l'exercice de pensée et n'a connu aucune application jurisprudentielle. Les similitudes entre les deux situations nous semblent cependant suffisamment importantes pour que la théorie des facilités essentielles puisse être source d'inspiration en matière de réseaux de distribution.

1529 Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01

1530 Notamment, Cons. Conc., 8 avril 2004, Sté des producteurs réunis de Roquefort, n° 04-D-13 et Cons. conc., 29 avril 2008, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques, n° 08-D-08

Chapitre 2

Les abus de dépendance commis par le réseau au préjudice des tiers

725. Franchiseur sélectionneur. Le mécanisme de la franchise est inévitablement porteur d'une certaine concentration. Dans un souci de rationalisation, la tête de réseau assure dans la plupart des cas la centralisation des achats des distributeurs¹⁵³¹. Ce mécanisme de regroupement permet ainsi au réseau de partager les coûts d'approvisionnement et de se présenter en position de force face à ses partenaires commerciaux. De telles centrales d'achat sont évidemment légion dans les franchises de distribution, mais leur mécanisme n'est pas totalement étranger aux franchises de service¹⁵³², voire aux franchises industrielles. Dans tous les cas, le franchiseur joue alors le rôle de « sélectionneur »¹⁵³³, selon l'expression du Professeur Philippe Le Tourneau : son savoir-faire réside alors principalement dans son « savoir-acheter ».

726. Formes juridiques diverses. Le regroupement du réseau pour l'achat peut toutefois prendre diverses formes et intensités. Dans la plupart des cas, un nouvel ensemble contractuel va se superposer à celui formé des divers contrats de franchise unissant la tête de réseau aux franchisés. De nombreux modèles juridiques peuvent être sollicités, s'agissant tant de la forme sociale prise par l'entité chargée des achats groupés, que du type d'intermédiation choisi. Dans la plupart des cas, le franchiseur n'exercera pas, à proprement parler, le rôle de centrale d'achat, lequel sera confié à une filiale indépendante. Celle-ci peut être contrôlée directement et exclusivement

1531 D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6e éd., Litec, 2012, n° 788 et s.

1532 En ce sens, v. P. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007, n° 542 où l'on apprend que McDonald's dispose, dans chaque pays où son réseau est implanté, d'un réseau de fournisseurs exclusifs. Se pose alors la question du caractère indispensable de l'exclusivité de fourniture contractée par les franchisés, laquelle a déjà été abordée supra, n° 178 et s.

1533 P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 40

par le franchiseur, sans prise de participation des franchisés dans le capital. La forme classique d'organisation sociétale des centrales d'achat demeure toutefois le modèle coopératif¹⁵³⁴, consacré par la loi du 11 juillet 1972¹⁵³⁵. La différence fondamentale entre les différentes organisations d'approvisionnement réside dans la qualification du contrat d'intermédiation conclu entre la centrale et les distributeurs¹⁵³⁶.

727. Dans sa forme la plus élémentaire, le regroupement à l'achat peut prendre la forme d'une centrale de référencement, laquelle va se contenter de négocier les conditions commerciales et les contrats d'approvisionnement. Ces derniers seront cependant conclus directement entre fournisseurs et franchisés. Le franchiseur ou sa filiale endossent alors le rôle de courtier¹⁵³⁷. Un résultat sensiblement équivalent peut encore être obtenu par des techniques juridiques différentes : stipulation pour autrui, promesse unilatérale ou contrat de mandat¹⁵³⁸. Ces techniques d'intermédiation, ou plus exactement de représentation sont les stades les moins avancés du regroupement. D'autres techniques permettent une concentration beaucoup plus forte dans la mesure où l'ensemble des commandes sera passé directement par la centrale d'achat.

728. Le contrat de commission, fréquent en pratique, permet d'atteindre un tel objectif. En effet, c'est alors la centrale d'achat qui signera en son nom la totalité des commandes nécessaires au réseau, bien que ces commandes soient conclues pour le compte des franchisés¹⁵³⁹. L'effet concentrateur de la centrale d'achat est encore plus manifeste lorsque celle-ci joue un rôle de grossiste, achetant à ses fournisseurs pour les revendre

1534 S. Richard, « Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement », *Cab. dr. entr.*, 2010, no 4, p. 52 et s. L'auteur précise que d'autres formes plus marginales peuvent être empruntées par la centrale d'achat telles que, outre les sociétés civiles et commerciales classiques, l'association ou le G.I.E.

1535 Il est admis qu'une coopérative puisse constituer un réseau de franchise (v. par exemple C.A. Nîmes, 29 juin 2009, *Cab. dr. entr.*, 2011, n° 4, dossier 22). La loi Doubin est en outre susceptible de s'appliquer à ces formes de regroupements (C.A. Douai, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2868, obs. Chevrier).

1536 On peut alors distinguer avec Nicolas Dissaux les intermédiaires au sens économique du terme, de ceux qui sont des intermédiaires au sens juridique, c'est-à-dire qui participent à la conclusion ou à l'exécution du contrat, tout en demeurant tiers à son émolument (N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, L.G.D.J., 2007, n° 59 et s.).

1537 V. S. Richard, « Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement », *Cab. dr. entr.*, 2010, no 4, p. 52 et s. ou P. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008, n° 41.

Pour des illustrations jurisprudentielles, v. Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-10.103, *Contrats conc. consom.*, 1991, comm. 91, note Leveneur, *D.*, 2004, p. 1233, obs. Chevrier, *RLDC*, 2004, n° 6, p. 11, note Doireau, *Cab. dr. entr.*, 2004, n° 3, p. 38, note Mainguy, *Rev. Lamy conc.*, 2005, n° 2, p. 43, note Behar-Touchais ; Cass. com., 12 juin 2007, ADA c/ MJ Locations, n° 05-21.301 : Inédit ou plus récemment Cass. Com., 3 avril 2012, Fournel c/ SA Golfy club France, n° 11-15.518, *JurisData* n° 2012-006444 : Inédit.

1538 S. Richard, « Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement », *Cab. dr. entr.*, 2010, no 4, p. 52 et s. Voir également R. Fabre, *Guide juridique et pratique des achats*, Litec, 2002, n° 105 et s.

1539 Sur le mécanisme du contrat de commission, v. notamment F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011, 663 et s. ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., L.G.D.J., 2012, n° 538 ; A. Sériaux, *Contrats civils*, P.U.F., 2001, n° 146.

ultérieurement aux franchisés. Cette technique implique, contrairement à la commission, que le franchiseur acquière un temps la propriété des marchandises¹⁵⁴⁰. Les deux modèles ont en revanche pour point commun de ne présenter aux fournisseurs du réseau qu'un interlocuteur unique, ce qui permettra de négocier des volumes importants.

729. Marchés d'acheteurs. Ce phénomène de regroupement a conféré, depuis les années 1960, une puissance économique inédite aux distributeurs, dont le pouvoir dépasse souvent largement celui des industriels. Pour reprendre une formule du Professeur Michel Pédamon, « *les marchés de vendeurs ont cédé, pour une bonne part, la place à des marchés d'acheteurs* »¹⁵⁴¹. Cette domination des réseaux de distribution sur leurs fournisseurs a fait l'objet de diverses études économiques sous l'impulsion de Robert L. Steiner¹⁵⁴². Dans une étude célèbre, l'économiste se propose d'interroger le pouvoir respectif des fournisseurs et distributeurs en répondant de façon empirique à la question suivante : que se passe-t-il si les consommateurs ne trouvent pas la marque qu'ils recherchent dans leur magasin habituel ? Si les consommateurs changent d'enseigne pour tenter de trouver leur marque favorite, les fournisseurs dominent les réseaux de distribution. À l'inverse, si le consommateur préfère s'orienter vers une autre marque, tout en continuant à se fournir auprès de la même enseigne, celle-ci prendra l'ascendant sur ses fournisseurs.

730. Perte d'influence des marques de produit. Une étude de l'INSEE est particulièrement éclairante sur cette problématique en France¹⁵⁴³. Dans un tel cas de figure, seuls 13 à 24 % des consommateurs se déclarent prêts à se rendre dans un réseau de distribution concurrent pour tenter d'y trouver leur marque favorite. À l'inverse, près de 60 % des clients n'hésiteront pas à se rabattre sur une marque concurrente équivalente, tout en restant fidèle à leur enseigne de distribution. Environ un quart reportera son achat lors de sa prochaine visite dans le magasin. Les résultats de cette étude permettent de cerner sans difficulté l'importance du pouvoir de marché détenu par la grande distribution et les conséquences désastreuses d'un éventuel déréférencement. Ce constat est unanimement réalisé par la plupart des instances de contrôle de la concurrence. Ainsi, la Commission européenne note que « *la puissance d'achat confère [...] à une entreprise commerciale une influence considérable sur le choix des produits mis sur le marché, c'est-à-dire ceux que le consommateur peut acheter. Des produits qui ne sont pas achetés par une entreprise disposant d'une forte puissance d'achat n'ont pratiquement aucune chance d'atteindre le consommateur final, dans la mesure où pour le fournisseur les autres débouchés sont rares* »¹⁵⁴⁴.

1540 Ce qui, en pratique, impliquera la mise en place d'une garantie de paiement au profit du franchiseur qui aura à cœur de se faire rembourser le prix des marchandises par ses franchisés afin de pouvoir désintéresser son fournisseur. De même, le franchiseur acquerra la qualité de vendeur vis-à-vis de ses franchisés, avec les obligations que celle-ci induit, notamment en matière de garantie.

1541 M. Pédamon, « Le contrat cadre de distribution : Enjeux et perspectives », 1996, Colloque CREDA.

1542 R. L. Steiner, « The Nature of Vertical Restraints », *Antitrust Bulletin*, 1985, vol. XXX, p. 143.

1543 O. Chardon et S. Dumartin, « Fidélité aux enseignes et aux marques : le choix des consommateurs », *INSEE Première*, 1998, no 609

1544 Comm. CE, 3 février 1999, Rewe/Meinl, n° IV/M.1221 : JOCE, n° L 274 du 23/10/1999, p. 1. Dans le même sens, v. Cons. conc., avis du 15 mai 2002, Acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB, n° 02-A-07.

731. Le droit de la concurrence a pourtant été bâti sur un postulat inverse, tentant d'atténuer le pouvoir de domination des industriels sur les commerçants. Bien évidemment, l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 était susceptible, par la généralité des infractions visées, d'être mobilisé pour enrayer une telle domination. Le tournant majeur a toutefois été pris au milieu des années 1980 et résulte pour une bonne part du constat de la difficulté de lutter contre les pratiques de la grande distribution par le biais de l'abus de position dominante¹⁵⁴⁵. Bien évidemment, la démonstration de l'existence d'une position dominante au profit du réseau de distribution demeure la principale entrave à la mobilisation de ce texte au secours des fournisseurs¹⁵⁴⁶.

732. **Réception juridique tardive de la dépendance économique.** Il a ainsi fallu attendre un avis de la Commission de la concurrence du 14 mars 1985 pour que la dépendance économique commence à faire l'objet d'une appréhension par le droit de la concurrence. La Commission y formulait le vœu que notre législation soit dotée « *de moyens juridiques permettant, comme en République fédérale d'Allemagne, de contrôler les comportements d'entreprises ou groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés (soit pour leurs fournisseurs, soit pour leurs clients)* »¹⁵⁴⁷. Cette revendication de la Commission fut traduite en droit positif par l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui, au terme de son article 8, prohibait « *l'exploitation abusive [...] d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci [ou] de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* »¹⁵⁴⁸. La rédaction du texte rappelle en effet ce qui est aujourd'hui l'article 20 alinéa 2 du GWB, lequel prohibe les pratiques discriminatoires adoptées par les « *entreprises et associations d'entreprises dont dépendent de petites et moyennes entreprises [pour lesquelles] il n'existe pas de possibilités suffisantes ou réelles de s'adresser à d'autres entreprises* »¹⁵⁴⁹. Dans les deux textes, l'absence de solution équivalente et le caractère incontournable de la grande distribution demeurent au centre des préoccupations des législateurs français et germanique¹⁵⁵⁰, tandis qu'une telle prohibition demeure inconnue du droit communautaire ou, par exemple, du droit américain¹⁵⁵¹.

733. La prohibition ainsi énoncée par l'ordonnance de 1986 était toutefois édictée « *dans les mêmes conditions que l'entente anticoncurrentielle* », ce qui impliquait que le fournisseur démontrât l'affectation de la concurrence et donc du marché dans son

1545 Les différents aspects de ce texte et l'incidence de son éventuelle application aux réseaux de franchise ayant été largement développées dans le chapitre précédent (n° 664 et s.), il ne nous paraît pas utile de les rappeler ici.

1546 V. n° X.

1547 Comm. conc., 14 mars 1985, Avis relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements : Rapport de la Commission de la concurrence pour 1985, annexe 1.

1548 Article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, abrogé depuis par l'ordonnance du 21 septembre 2000.

1549 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), article 20.

1550 V. U. Immenga, « La notion de dépendance en droit allemand », *Dr. prat. com. int.*, 1987, p. 723.

1551 F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., 2007, n° 498.

ensemble, tâche fort peu aisée. Le texte fut ainsi une nouvelle fois remanié par la loi NRE du 15 mai 2001 afin de permettre la sanction de tels comportements même dans le cas où ils n'affectent pas le marché, mais uniquement « *susceptible[s] d'affecter [...] la structure de la concurrence* ». La portée de cette modification paraît toutefois à relativiser¹⁵⁵². Parallèlement, la loi NRE introduisait au sein des pratiques restrictives de concurrence une incrimination spécifique destinée à lutter contre le fait pour une entreprise « *d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle [elle] tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* »¹⁵⁵³.

734. Commission Canivet. La création d'un tel délit civil d'abus de dépendance ne permit toutefois pas de clore définitivement l'arlésienne du rééquilibrage des rapports entre réseaux de distribution et fournisseurs. C'est ainsi qu'en 2004, un groupe d'experts, dirigé par le Président Guy Canivet, était chargé par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de dresser un bilan de la législation fixant les relations entre industrie et commerce. La commission Canivet exprimait ainsi ses réserves quant à l'efficacité du texte introduit par la loi NRE, notant que « *le juge reste [...] dans l'incertitude dès lors qu'il s'agit, pour lui, de caractériser ce qui peut être regardé comme abusif dans une pure négociation commerciale* »¹⁵⁵⁴. Le groupe d'experts appelait alors de ses vœux un remaniement du texte dans le sens d'une plus grande précision s'agissant de la définition de l'abus de puissance d'achat ou de vente. Le rapport Canivet préconisait ainsi d'« *énumérer, de manière non limitative, à partir des pratiques généralement constatées, les éléments constitutifs de tels abus* »¹⁵⁵⁵. Paradoxalement, ce n'est pas vers une rédaction plus fine du texte que le législateur s'est orienté, ce dernier ayant préféré poursuivre dans la voie de l'élargissement systématique de l'incrimination.

735. Article L. 442-6, I, 2° . La loi LME du 4 août 2008 a ainsi substitué à l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat un article L. 442-6, I, 2° aux allures de *deus ex machina*¹⁵⁵⁶. Marqué par une forte influence

1552 Ainsi, dès l'adoption de la loi, Laurence Idot exprimait en ces termes ses doutes quant à l'intérêt d'une telle précision : « On ne voit pas en quoi cette précision conduira le Conseil de la concurrence à modifier sa pratique décisionnelle qui exigeait fort logiquement que l'abus de dépendance économique, en tant que pratique anticoncurrentielle, soit susceptible d'avoir un effet sur le marché » (L. Idot, « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP G*, 2001, I, 343, n° 18). Le gouvernement lui-même s'était montré hostile à cette modification issue d'un amendement, le ministre indiquant : « *cet amendement aboutit à ce que le conseil traite de relations commerciales qui relèvent du juge civil, qui peut, lui, accorder réparation. Une bonne administration de la justice et la simplicité plaident en faveur d'un partage clair des rôles [...]. Je ne comprends pas en quoi le dispositif proposé peut simplifier ou clarifier les choses ou être bénéfique à l'une des deux parties* » (Assemblée Nationale, 3^e séance, 23 janvier 2001, discussion sur l'article 32 bis : *J.O.*, 24 janvier 2001).

1553 Article 56, 2° de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, codifié à l'article L. 442-6-I-2° b), et abrogé depuis par la loi du 3 janvier 2003.

1554 G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix : Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, 2005, p. 88.

1555 Ibid.

1556 L'expression avait notamment été utilisée à propos de l'enrichissement sans cause, « machine à faire sauter le droit », selon l'expression du Professeur Flour.

consomériste¹⁵⁵⁷, le texte prohibe en des termes d'une grande généralité le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Toute référence à la dépendance ou à la puissance est donc – au moins en apparence – supprimée si bien que l'on peut se demander si toute stipulation contractuelle insérée dans à peu près n'importe quel contrat commercial n'a pas vocation à passer par les fourches caudines du « déséquilibre significatif ». Au-delà des débats quant à son application extensive, nul ne conteste que le cœur de cible du texte demeure les relations des grands réseaux de distribution alimentaire avec leurs fournisseurs.

736. Ainsi, les réseaux de commerçants affiliés se voient désormais doublement encadrés dans leurs relations avec leurs fournisseurs – et plus largement l'ensemble des tiers avec lesquels ils concluent. Ce contrôle au titre des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence nécessite que soient précisées les situations factuelles auxquelles il a vocation à s'appliquer. L'histoire des deux incriminations, ainsi qu'elle vient d'être décrite, témoigne en effet de ce qu'elles visent toutes deux à appréhender la « dépendance économique », notion qui méritera d'être précisée (**Section I**). Une fois cette tâche achevée, il sera possible d'étudier l'impact effectif du droit de la concurrence sur les relations entre réseau de franchise et tiers placé en situation de dépendance (**Section II**).

SECTION I. LA NOTION DE DÉPENDANCE DANS LES RELATIONS ENTRE LE RÉSEAU ET LES TIERS

737. D'un point de vue économique, chacun conçoit aisément ce que peut être un tiers – souvent fournisseur – dépendant d'un réseau de franchise – le plus souvent de distribution. Juridiquement, en revanche, la définition de ce qu'est la dépendance économique s'avère plus problématique (**I**). Aussi, la notion de dépendance économique pourrait n'avoir qu'un impact relativement faible, et en tout cas moins important que celui qu'on aurait pu prédire, dans les rapports entre réseaux de franchise et tiers (**II**).

1557 Le parallèle avec les termes de l'article L. 132-1 du Code de la consommation est en effet frappant. Il a d'ailleurs été effectué de façon appuyée par le Conseil constitutionnel et par l'ensemble de la doctrine (en ce sens v. notamment M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? – À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, 2008, I, 196, n° 15 ; Y. Picod, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *Contrats, conc. consom.*, 2008, étude 12 ; M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc. consom.*, 2008, no 11, dossier 5). On notera que certains auteurs effectuaient déjà ce parallèle avant l'intervention de la loi LME (D. Mainguy, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E*, 2002, 1729).

I. LA DÉLICATE DÉFINITION JURIDIQUE DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

738. **Absence de solution alternative.** Une première définition de la dépendance économique peut être trouvée dans les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 30 décembre 1985. Ainsi, la dépendance économique serait caractérisée par « *une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur* »¹⁵⁵⁸. Parmi les trois hypothèses citées à l'appui de cette définition, deux n'intéressent qu'indirectement les réseaux de franchise : celle du commerçant spécialisé ne pouvant exercer son activité sans proposer à la vente les produits d'une marque disposant d'une notoriété particulière et celle du sous-traitant qui ne peut se reconvertir facilement pour recourir à un autre donneur d'ouvrage. À l'inverse, le troisième schéma envisagé par le rapport Colon vise directement les réseaux intégrés auprès desquels certains producteurs réalisent « *une part importante de [leur] chiffre d'affaires, à laquelle il[s] ne [peuvent] renoncer sans mettre en péril [leur] activité, et qu'il[s] ne [peuvent] reconstituer rapidement auprès d'autres clients* »¹⁵⁵⁹. C'est ainsi en quelque sorte un abus de domination relative qui est incriminé, dans la mesure où la domination n'est plus appréciée in abstracto, de façon objective par rapport au marché, mais de façon relative en mesurant le poids respectif des partenaires. C'est donc à l'aune de l'importance du réseau (A) et de la faiblesse de son cocontractant (B) qu'il convient de mesurer l'état de dépendance de ce dernier.

A. La caractérisation de la dépendance par l'importance du réseau

739. L'importance du réseau n'est pas appréciée de façon absolue, mais relative. Ainsi, ce n'est pas le poids économique de celui-ci qui est pris en compte (1), mais bien la position qu'il occupe sur un marché donné (2).

1. L'absence de prise en compte directe du poids économique du réseau

740. Aucune décision ne fait explicitement référence à la puissance économique du réseau de distribution pour caractériser un éventuel abus de position dominante. Indirectement, cet élément entre évidemment en ligne de compte dans la mesure où il sera un facteur essentiel dans la détermination de la part de chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur auprès du distributeur¹⁵⁶⁰. Plus le réseau sera important, plus il est probable qu'il soit un interlocuteur essentiel du fournisseur (a), quoique d'autres éléments tels la diversification des approvisionnements ou encore la taille du fournisseur empêchent d'établir une corrélation systématique entre ces deux éléments (b).

1558 Rapport Colon : *JO doc. Sénat*, 1985-1986, n° 56, p. 24.

1559 Ibid.

1560 Sur ce point, v. n° 748 et s.

a. La prise en compte indirecte de la position de marché de l'entreprise dominante par le droit communautaire

741. **Partenaire obligatoire.** Le droit communautaire, dans les cas où il s'intéresse à la dépendance économique, sous le prisme de l'abus de domination n'appréhende pas non plus directement l'importance du distributeur. Il le fait en revanche indirectement, sous le prisme d'une notion voisine, celle de « partenaire obligatoire »¹⁵⁶¹. Le Tribunal de première instance relève ainsi que « *la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente – sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable –, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante* »¹⁵⁶². Un an auparavant, la même juridiction insistait fortement sur le lien entretenu entre l'abus de domination et l'abus de dépendance en affirmant que « *les conditions de l'article 86 [devenu 82] sont remplies dès lors que le bénéficiaire se trouve du fait de la position dominante occupée par l'offreur, dans une situation de dépendance économique à l'égard de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient présents sur le même marché* »¹⁵⁶³, ajoutant qu'« *il suffit [pour cela] que la prestation proposée par l'offreur soit nécessaire à l'exercice par le bénéficiaire de sa propre activité* »¹⁵⁶⁴.

742. Le parallèle entre l'analyse européenne sous l'égide de la position dominante et l'appréciation nationale de l'abus de dépendance économique est relevé par la doctrine¹⁵⁶⁵. Certains estiment de façon fort claire qu'« *il n'est pas inconcevable de penser que la position de force des super-centrales qui fait d'elles des 'partenaires obligatoires' puisse être appréhendée en droit communautaire* »¹⁵⁶⁶. Le parallèle entre l'abus de domination au sens des traités européens et l'abus de dépendance interne est d'autant plus frappant que les instances communautaires ont également recours à la notion de « puissance d'achat compensatrice », vocable désignant en réalité les éventuelles solutions alternatives dont dispose l'entreprise supposée dominée¹⁵⁶⁷.

1561 CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, n° 85/76 : Rec. CJCE, 1979, p. 461 et déjà CJCE, 14 décembre 1972, Zoja c/ CSC, n° 72/457 : JOCE n° L 299, 31 déc. 1972, p. 51.

1562 TPICE, 22 avril 2001, AAMS et autres n° T-139/98 : Rec. CJCE, 2001, II, p. 3413. Dans le même sens, TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak, n° T-83/91 : Rec. CJCE, 1994, II, p. 755.

1563 TPICE, 12 décembre 2000, Aéroports de Paris, n° T-128/98 : Rec. CJCE, 2000, II, p. 3929, *Europe*, 2001, comm. 62, note Idot

1564 Ibid.

1565 L. Vogel, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence », *JCP G*, 1992, no I, 3550, n° 25.

1566 N. Ferry et C. Momège, « L'émergence des super-centrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ? », *JCP E*, 1985, 14441.

1567 TPICE, 23 février 2006, Cementbouw Handel et industrie. Ce critère est également retenu par les juridictions internes sur le terrain de l'abus de dépendance économique.

743. Certains auteurs voient dans la théorie dite du « partenaire obligatoire » un moyen pour les autorités concurrentielles d'appréhender des situations qu'elles ne peuvent pas saisir dans la perspective classique d'une analyse du marché dans son ensemble¹⁵⁶⁸. Pour le Président Louis Vogel, la prise en considération de la position de marché du distributeur ne doit intervenir « *que de façon indirecte dans la constatation d'un état de dépendance économique afin de vérifier que des solutions alternatives sont effectivement offertes à l'entreprise dont la dépendance est alléguée* »¹⁵⁶⁹. L'auteur insiste toutefois sur le fait que cette prise en compte indirecte ne saurait en aucun cas impliquer que l'on doive « *disposer d'une part de marché prédominante pour placer une autre entreprise dans une situation de dépendance* »¹⁵⁷⁰.

b. Le refus progressif de toute prise en compte de la position de marché de l'entreprise dominante par le droit interne

744. L'histoire de l'abus de dépendance économique en droit interne se résume principalement à son affranchissement des contraintes propres aux infractions anticoncurrentielles¹⁵⁷¹. Si la possibilité d'une atteinte à la structure de la concurrence demeure une condition de mise en œuvre de l'article L.420-2, elle est parfaitement étrangère à l'article L. 442-6. Dès lors, le pouvoir de marché de l'entreprise dominante « *ne joue plus qu'un rôle accessoire dans l'établissement d'une situation de dépendance économique* »¹⁵⁷². Ainsi, si l'importance du réseau distributeur pourra être prise en compte pour l'application de l'article L. 420-2 – souvent pour faire obstacle à l'application de ce texte – elle n'est en rien un critère dans l'application du Titre IV du Code de commerce. Il est en effet possible de dominer une entreprise partenaire, sans pour autant dominer un marché dans son ensemble. L'abus de dépendance économique n'est ainsi plus prohibé en ce qu'il cause un préjudice à la concurrence, mais dans la mesure où il « *engendre une diminution d'une unité, le plus souvent efficace et détentrice d'un savoir-faire, dans l'offre du produit au consommateur final* »¹⁵⁷³.

1568 S. Lebreton-Derrien, « Distribution – Généralités », Fascicule n° 600, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004, n° 89.

1569 L. Vogel, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP G*, 1994, I, 3737, n° 11.

1570 Ibid.

Dans le même sens, v. M. Glais, « Les concepts de relevant market et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome », *Rev. Marché commun*, 1987, p. 203 et s. et P. Hoët, « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire », *Rev. Marché commun*, 1989, p. 135 et s.

1571 D'abord sanctionné « dans les mêmes conditions » que ces dernières, puis sous l'influence de la loi NRE, « *dès lors qu'[il] est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* » l'abus de dépendance économique constitue aujourd'hui tout à la fois une pratique anticoncurrentielle qu'une pratique restrictive de concurrence appréhendée par le biais de l'article L. 442-6, I, 2°.

1572 L. Vogel, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP G*, 1994, I, 3737, n° 11.

1573 S. Lebreton-Derrien, « Distribution – Généralités », Fascicule n° 600, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004, n° 90.

2. *La prise en compte de l'importance du réseau dans la commercialisation des produits concernés*

745. **Importance du distributeur pour la commercialisation du produit.** La Cour de cassation répète traditionnellement qu'il convient, pour apprécier l'état de dépendance économique de prendre en compte « *l'importance du distributeur pour la commercialisation du produit* »¹⁵⁷⁴, reprenant la position du Conseil de la concurrence initiée dans l'affaire Cora¹⁵⁷⁵. Plus que l'importance strictement économique, c'est davantage à une appréciation en termes de notoriété à laquelle se livrent les autorités de la concurrence. On retrouve en réalité derrière ce vocable l'idée de partenaire obligatoire, chère au droit européen¹⁵⁷⁶. Ainsi, au visa de ce critère, la Cour d'appel de Versailles réfute l'existence d'un état de dépendance économique constatant que « *[la requérante] n'établit pas [...] avoir été dans l'impossibilité de s'assurer des solutions de substitution auprès de la grande distribution* »¹⁵⁷⁷. Dans la même veine, dans sa décision du 8 juin 1993, le Conseil de la concurrence rejette l'idée de dépendance économique d'une société à l'égard du groupe Cora relevant que la plaignante s'était dite prête à cesser ses relations commerciales avec l'enseigne si les pratiques qu'elle estimait abusives devaient perdurer. Le Conseil en déduit implicitement que l'importance des magasins Cora dans la distribution des produits en question peut ainsi être relativisée, excluant par là même toute idée de dépendance économique¹⁵⁷⁸. L'application du critère de l'importance du distributeur aboutit in fine à une étude des éventuelles solutions équivalentes offertes à l'entreprise dominée. Une telle solution n'emporte pas totalement la conviction. Il est en effet peu probable qu'un distributeur – fût-il à la tête d'un réseau d'une particulière importance – soit strictement indispensable à la commercialisation de certains produits. Si tel devait être le cas, il serait en situation de monopole absolu et la situation relèverait d'autres dispositions que celles assurant la protection des entreprises en situation de dépendance.

B. **La caractérisation de la dépendance par la faiblesse du tiers**

746. Du point de vue du fournisseur, deux critères semblent se dégager pour caractériser son état de dépendance économique. L'existence du fournisseur doit dépendre en grande partie de l'attitude du réseau (1). Le Conseil de la concurrence semble, en son temps, avoir ajouté une condition supplémentaire tenant aux causes de cette servitude économique, laquelle doit être involontaire (2).

1574 Cass. Com., 10 décembre 1996, DGCCRF c/ Cora, n° 94-16.192, *RJDA*, 1997, n° 530

1575 Cons. conc., 8 juin 1993, Cora, n° 93-D-21.

1576 V. supra, n° 741.

1577 C.A. Versailles, 22 novembre 2001, SA Thalia c/ SAS SPizza 30, n° 00/06445, *JurisData* n° 2001-183225.

1578 Cons. conc., 8 juin 1993, Cora, n° 93-D-21

1. Une servitude économique

747. Au terme de la jurisprudence, un fournisseur doit être considéré en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un réseau de distribution lorsque l'importance de ce dernier dans le chiffre d'affaires du premier est telle que sa survie en dépend **(a)**. À ce critère relatif, la jurisprudence semble ajouter un critère apprécié in abstracto, savoir la taille et la renommée du fournisseur **(b)**.

a. Un fournisseur réalisant une part substantielle de son chiffre d'affaires avec le réseau

748. **Seuil de 20 %.** L'appréciation de la dépendance économique passe évidemment par la prise en compte de la part de chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le réseau dont il se prétend dépendant¹⁵⁷⁹. Il paraît difficile de déterminer un seuil à partir duquel l'importance du réseau dans le chiffre d'affaires de son fournisseur est susceptible de révéler un état de dépendance, d'autant que cet état dépend également d'autres facteurs. Le chiffre de 20 % a toutefois pu être avancé par un parlementaire à l'occasion d'une question au gouvernement¹⁵⁸⁰. Le chiffre de 20 %, ou plus exactement de 22 %, a également été avancé par la Commission européenne à l'occasion du contrôle de la fusion Carrefour/Promodès¹⁵⁸¹ au titre du droit des concentrations. À cette occasion, Carrefour a pris l'engagement de ne pas déréférencer les fournisseurs réalisant plus de 25 % de leur chiffre d'affaires avec les deux groupes objet de la fusion¹⁵⁸². Un chiffre similaire avait déjà été avancé par la Commission dans l'affaire Rewe/Meinl¹⁵⁸³. Pour la Commission, « on pourrait en déduire que lorsqu'un distributeur dépasse un tel seuil dans le chiffre d'affaires d'un de ses fournisseurs, ce dernier se retrouve de facto en situation de dépendance économique »¹⁵⁸⁴.

749. **Taux de menace.** Les instances européennes introduisent ce faisant le concept de « taux de menace » issu de l'analyse économique et qui n'a fait pour l'instant l'objet d'aucune réception explicite en droit interne. L'idée consiste à déterminer à partir de quelle part de chiffre d'affaires l'existence même du fournisseur pourrait être remise en cause par la rupture des relations avec le réseau de distribution. Au-delà d'un tel seuil, le fournisseur n'apparaît plus en mesure de négocier ses conditions dans la mesure où

1579 M.-C. Boutard-Labarde *et al.*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, n° 208.

1580 Question écrite n° 78346, *JOAN*, 11 mai 2010.

1581 Comm. CE, 25 janvier 2000, Carrefour/Promodes, n° COMP/M.1684.

1582 N. Pineau, « Abus de puissance d'achat et accès aux linéaires de la grande distribution », in CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, <http://www.creda.cciip.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/conquete-clientele-actes.pdf>,

1583 Comm. CE, 3 février 1999, Rewe/Meinl, n° IV/M.1221 : *JOCE*, n° L 274 du 23/10/1999, p. 1 : « La Commission a demandé aux producteurs quelle était la part de leur chiffre d'affaires réalisée avec un client donné à partir de laquelle il devient difficile de trouver d'autres possibilités d'écoulement. La part moyenne indiquée s'est avérée être de 22 % ; au-delà de ce seuil, un producteur ne pourrait remplacer un client qu'avec des pertes financières considérables, voire pas du tout ».

1584 Comm. CE, 25 janvier 2000, Carrefour/Promodes, n° COMP/M.1684.

il ne dispose plus d'aucune solution alternative. Concrètement, le taux de menace est déterminé par une enquête de terrain auprès des fournisseurs, qui sont invités à indiquer « à partir de quel pourcentage de leur chiffre d'affaires ils considéreraient que la perte d'un client représenterait une menace pour l'existence même de leur entreprise »¹⁵⁸⁵. Si l'impartialité du procédé peut susciter quelques doutes, il est en toute hypothèse difficilement reproductible dans le cadre du contrôle de l'abus de dépendance économique qui, par hypothèse et contrairement aux affaires de concentrations, concerne des relations bilatérales. Il reviendrait d'évidence à placer le fournisseur en situation de juge et partie.

750. En théorie, il existe un moyen plus rationnel pour déterminer la valeur de ce taux de menace, ainsi que l'explique le directeur de la DGCCRF¹⁵⁸⁶. Il suffit pour ce faire de modéliser le marchandage réalisé entre le fournisseur et le réseau qui, dans une relation équilibrée devrait arriver à un partage de type 50/50, chacun étant à tour de rôle contraint d'effectuer des concessions réciproques. Fort logiquement, le partage de la valeur ajoutée devient de plus en plus inéquitable à mesure que la part de l'un des acteurs représente une fraction trop importante dans l'activité de l'autre. La DGCCRF insiste cependant sur la difficulté pratique de calculer ce seuil dans une situation donnée en raison de la multiplicité des facteurs qui le conditionnent (« *ratio coût fixe/coût variable, caractère irréversible des coûts fixes, taux d'utilisation des capacités, coût de stockage, de la marge, comportement des banques, coût et capacité à changer de débouché rapidement* »¹⁵⁸⁷) et du fait que certains d'entre eux ne sont connus que de la victime supposée.

751. Effets pervers du taux de menace. Il résulte de cette difficulté plusieurs conséquences pratiques. Si le taux de menace recouvre bien une réalité ressentie par les acteurs économiques, il apparaît illusoire de vouloir en modéliser et en systématiser le calcul. Il est en outre clair que, compte tenu de la multiplicité des facteurs à prendre en compte, ce taux de menace est susceptible de varier dans de très importantes proportions. On peut trouver une illustration de ces variations dans une décision de la Cour d'appel de Versailles qui estime que n'est pas caractérisé l'état de dépendance économique d'un fabricant de chaussettes qui était pourtant à plus de 80 % le fournisseur d'une autre entreprise¹⁵⁸⁸. En dépit de ces importantes variations et de l'impossibilité de calculer un seuil standard, la pratique tend à ériger en norme ce qui, juridiquement, ne peut en rien prétendre à un tel statut¹⁵⁸⁹. C'est ainsi que de nombreux réseaux ont

1585 Ibid.

1586 J. Philippe, « Abus de puissance d'achat et accès aux linéaires de la grande distribution », in CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, <http://www.creda.ccp.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/conquete-clientele-actes.pdf>,

1587 Ibid.

1588 C.A. Versailles, 18 mai 2006, S.A.S. Viastaël c/ S.A. Maille du Pevele, n° 04/08829, JurisData n° 2006-321841.

1589 Pour un mécanisme similaire à propos de la limitation cumulative spatiale et temporelle des clauses de non-concurrence post-contractuelle, exigence que n'a jamais explicitement affirmée la Cour de cassation, mais qui est cependant devenue *la* norme à défaut d'être *une* norme, v. n° 332.

décidé de veiller à ce que leur part ne représente pas plus d'une vingtaine de pour cent du chiffre d'affaires de leurs fournisseurs, afin d'éviter l'application du droit de la concurrence. Les centrales d'achat n'hésitent ainsi pas à diminuer leurs achats, voire à s'orienter vers d'autres fournisseurs à mesure que ce seuil approche, afin notamment de se préserver une plus grande marge de manœuvre dans la rupture de leurs relations. Interpellé quant à cet effet pervers de la législation, le pouvoir exécutif a eu l'occasion de rappeler que l'article L. 420-2 al. 2 ne réprime pas la dépendance per se, mais uniquement son abus¹⁵⁹⁰, ce qui rendrait sans objet de tels comportements « préventifs ». À moins que les grands réseaux de distribution, plutôt que de renoncer à des comportements abusifs, préfèrent jouer sur l'autre élément de l'infraction, savoir l'état de dépendance économique...

b. Un fournisseur nécessairement de taille modeste ?

752. Marques incontournables et petits producteurs locaux. Le critère du taux de menace est un critère purement relatif, en ce qu'il consiste à calculer le ratio entre le chiffre d'affaires généré par le réseau et le chiffre d'affaires total du fournisseur. La jurisprudence amène toutefois à se demander si ce dernier élément ne peut pas, à lui seul, constituer un indice négatif de la relation de dépendance. De façon très pragmatique, n'est-il pas possible de considérer qu'au-delà d'une certaine taille, d'un certain chiffre d'affaires total, le fournisseur est dans une situation telle qu'il est en mesure de négocier, y compris face à un client d'importance ? Une affaire retentissante a ainsi opposé la centrale de référencement Opéra¹⁵⁹¹ à certains de ses fournisseurs parmi lesquels des marques aussi renommées que Nestlé, Barilla, Herta ou Chupa Chups¹⁵⁹². Ces derniers reprochaient à la centrale de référencement un certain nombre de pratiques susceptibles de caractériser un abus de dépendance économique. Restait au préalable à démontrer l'existence d'une telle dépendance. Le Conseil de la concurrence estime pour sa part, en une formule lapidaire, que « *les fournisseurs entendus lors de l'enquête ne sont pas en situation de dépendance économique [...], compte tenu de la taille des sociétés concernées et de la notoriété des marques qu'elles commercialisent, incontournables pour Opéra* »¹⁵⁹³.

753. Si le critère de la marque est parfaitement classique en matière d'abus de dépendance économique, il est généralement utilisé de façon positive, afin de caractériser la dépendance d'un distributeur vis-à-vis d'un fournisseur¹⁵⁹⁴. Les juridictions constatent

1590 Question écrite n° 78346, JOAN, 11 mai 2010.

1591 Centrale de référencement des réseaux Cora et Casino qui gère à ce titre les achats, notamment, des franchisés Géant, Casino, Leader Price, Spar, Vival, Monoprix.

1592 Cons. conc., 21 février 2003, Opéra, n° 03-D-11.

1593 Ibid.

1594 V. pour des illustrations relativement récentes C.A. Paris, 17 novembre 2011, SARL EAS Fret c/ Sté DHL Express, n° 08/06976, JurisData n° 2011-028030 ; C.A. Paris, 27 octobre 2006, S.A. GISI c/ Société InterKom, n° 05/24084, JurisData n° 2006-340621 ; C.A. Paris, 11 octobre 2006, Sté Abias-Tadi c/ Sté Française exotique de distribution en réseau, n° 04/22481, JurisData n° 2006-322713 ou encore Cass. Com., 9 avril 2009, S.A. Sintel c/ S.A. Lotus, n° 00-13.921 : Inédit, *RTD com.*, 2003, p. 75, obs. Claudel.

alors que le revendeur ne pourrait survivre sans disposer des produits de la marque dans ses magasins¹⁵⁹⁵. Il est donc fort logique que, si l'importance de la marque peut être un signe de dépendance du distributeur, elle soit corrélativement un facteur de non-dépendance du fournisseur. Le Conseil de la concurrence choisit cependant d'en faire un critère unique, dans la mesure où la grande taille des interlocuteurs d'Opéra semble susceptible de les évincer a priori du mécanisme de l'abus de dépendance économique. D'aucuns, à l'instar de Monsieur le Professeur Michel Glais, ont pu regretter que les fournisseurs importants soient ainsi écartés « d'un trait de plume »¹⁵⁹⁶. L'inquiétude paraît légitime dans la mesure où la dépendance, c'est-à-dire littéralement le fait que « *sa propre existence soit impossible sans quelqu'un d'autre* »¹⁵⁹⁷ doit nécessairement être appréciée de façon relative et non dans l'absolu.

754. D'autres décisions semblent plus nuancées. Dans la décision Cora, le Conseil semblait adopter une démarche plus prudente, privilégiant la technique du faisceau d'indices. Il estimait que, pour caractériser la dépendance d'un fournisseur, pouvaient être pris en compte « *la faiblesse des ressources financières du fournisseur, la faiblesse des marges des offreurs sur le marché sur lequel il opère, l'absence de notoriété de la marque du fournisseur, la durée et l'importance de la pratique de la politique de partenariat qu'il a éventuellement nouée avec le distributeur, l'importance et la surcapacité d'offre sur le marché de ses produits, l'importance des contraintes de transport de ses produits* »¹⁵⁹⁸. Le critère de la faiblesse du fournisseur est alors utilisé de façon positive et relative, à l'inverse du raisonnement initié en 2003.

2. Une servitude involontaire

755. **Choix délibéré de la dépendance.** Prenant à revers La Boétie, les autorités de la concurrence estiment qu'il ne peut y avoir de servitude qu'involontaire. En d'autres termes, celui dont la situation de dépendance économique résulte de choix délibérés (quoique manifestement peu judicieux) ne saurait se prévaloir du bénéfice de l'article L. 420-2 alinéa 2. À l'instar de la sagesse populaire, les autorités de la concurrence déconseillent aux producteurs et fournisseurs de mettre tous leurs œufs dans le même panier. La solution a été dégagée en matière de pratiques anticoncurrentielles par un arrêt du 1996, lequel énonce que « *l'existence d'un état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur s'apprécie en tenant compte [des] facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses ventes auprès du distributeur* »¹⁵⁹⁹. La règle avait été posée dans la même affaire trois ans plus tôt par le Conseil de la concurrence¹⁶⁰⁰.

1595 En ce sens, v. M.-C. Boutard-Labarde *et al.*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, n° 207.

1596 M. Glais, « La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir », *Contrats, conc. consom.*, 2006, no 12, p. 18 et s.

1597 E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome 6, Encyclopedia Britannica Inc., 1994, v. « Rupture ».

1598 Cons. conc., 8 juin 1993, Cora, n° 93-D-21.

1599 Cass. Com., 10 décembre 1996, DGCCRF c/ Cora, n° 94-16.192, *RJDA*, 1997, n° 530.

1600 Cons. conc., 8 juin 1993, Cora, n° 93-D-21.

Il est toutefois à noter que si le critère est énoncé dans les attendus de principe de ces deux décisions, il n'est aucunement appliqué au cas d'espèce, pas plus qu'il ne l'a été – à notre connaissance – depuis. Cette solution est néanmoins reprise dans le rapport 2009 de la Cour de cassation qui indique qu'en pareil cas, « *le revendeur ne subit pas son état de dépendance économique : il l'a choisi en adoptant une stratégie commerciale à ses risques et périls* »¹⁶⁰¹ ce qui justifie qu'il ne puisse bénéficier de la protection des pratiques anticoncurrentielles.

756. Le juriste rompu aux mécanismes du droit des obligations est tenté d'approuver un tel raisonnement qui n'est pas sans rappeler celui adopté en matière de responsabilité civile s'agissant de la faute de la victime¹⁶⁰². Le fournisseur victime de sa trop grande dépendance vis-à-vis du réseau ne pourra en faire grief à ce dernier dans la mesure où il aura lui-même concouru activement à la réalisation de son dommage. Si la logique est imparable, il nous semble cependant qu'elle est en principe étrangère au droit des pratiques anticoncurrentielles. Il est bien connu et souvent répété par ses plus ardents défenseurs que le droit de la concurrence n'a nullement pour objet de protéger les concurrents, mais bien le marché¹⁶⁰³. Or, le marché n'est pas plus ou moins affecté selon que la victime placée en situation de dépendance économique a, ou non, participé à la création de cette situation. Au reste, le fait que le tiers se soit volontairement placé dans une situation de dépendance vis-à-vis du réseau n'implique en rien qu'il ait par avance consenti à ce que ce dernier exploite abusivement cette situation.

757. Marques distributeur. Si ce critère devait être systématiquement appliqué, il conduirait nécessairement à exclusion du bénéfice de l'abus de dépendance l'ensemble des fournisseurs qui font le choix, délibéré et volontaire, d'adapter leur production

1601 C. Cass, *Rapport annuel : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009.

1602 Cass. Civ. 2e, 6 avril 1987 : Bull. civ. II, n° 86, GAJAC, 11e éd., n° 204-206, D., 1988, p. 32, note Mouly, *JCP G*, 1987, II, 2828, note Chabas, *Defrénois*, 1997, art. 1136, note Aubert, *RTD civ.*, 1987, p. 767, obs. Huet.

Le raisonnement a d'ailleurs expressément été retenu par une Cour d'appel, sous le prisme de l'acceptation du risque. A une société placée en situation de dépendance économique vis-à-vis du groupe Auchan qui reprochait à ce dernier une rupture brutale des relations commerciales, la Cour d'appel de Douai répond que « *ne pouvant – et ne devant – escompter une perpétuation des relations avec la société Auchan, les dirigeants de la société P.B.C. auraient dû concevoir une solution de remplacement. [...] En agissant comme ils l'ont fait, les dirigeants de la société P.B.C. ont délibérément accepté un risque. La Cour ne peut ne pas tenir compte de cette acceptation du risque dans l'indemnisation du préjudice économique subi par la société P.B.C.* » (C.A. Douai, 15 mars 2001, P.B.C. c/ Auchan, D., 2002, p. 307, note André). Il convient toutefois de remarquer que, bien que l'état de dépendance économique soit visé par l'arrêt, celui-ci est rendu au visa de l'article L. 442-6-I-5 du Code de commerce et ne concerne donc pas les pratiques anticoncurrentielles, mais bien les pratiques restrictives.

A l'inverse, et sur le même fondement, la Cour d'appel de Paris rejette totalement cette approche et décide que une société ne peut demander la réduction de sa condamnation « *en prétendant que [son partenaire] s'est placé dans une situation volontaire de dépendance économique à l'égard de son cocontractant à l'origine de son propre dommage, ce choix n'étant pas constitutif d'une faute* » (C.A. Paris, 4 avril 2012, AFASER c/ Tuffery, *JurisData* n° 2012-006672).

1603 V., dénonçant cette position attribuée à la doctrine économique, M. Malaurie-Vignal, « Logique économique et logique juridique », *Cont. conc. consom.*, 2005, no 11, étude 20.

aux contraintes d'une marque distributeur, délaissant par là leurs autres clients. Si leur soumission au réseau est, au moins initialement, consentie, elle ne semble pas justifier l'exclusion du droit des pratiques anticoncurrentielles. De la même manière, pour la DGCCRF, cette condition doit conduire à exclure par principe les membres d'un réseau de franchise du bénéfice de l'abus de dépendance dans la mesure où leur adhésion au réseau est nécessairement volontaire¹⁶⁰⁴. Faut-il en conclure que l'adhésion à un réseau de franchise constitue une sorte d'acceptation du risque de dépendance ? Fort heureusement, l'Autorité de la concurrence est venue préciser à plusieurs reprises que « *la mise en évidence d'une situation de dépendance économique des franchisés l'égard d'un franchiseur peut résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier [...], sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée* »¹⁶⁰⁵. La question renvoie en tout état de cause aux développements de la première partie de cette étude quant à la question de l'indépendance du franchisé, que tente pourtant de préserver le droit de la concurrence¹⁶⁰⁶.

758. Distinction entre sanction et indemnisation. Face à ce paradoxe, la doctrine presse les autorités de la concurrence de revoir leur position, suggérant notamment un alignement avec le raisonnement civiliste. La contribution de la victime à son propre préjudice ne peut masquer l'existence d'une faute, elle n'a que pour effet de diminuer – voire d'annihiler – son droit à réparation. Transposé au droit de la concurrence, le raisonnement reviendrait à admettre l'existence de la dépendance économique et à ordonner la cessation des éventuels abus, tout en se réservant la possibilité de prendre en compte la légèreté de la victime dans l'appréciation des dommages et intérêts octroyés¹⁶⁰⁷.

1604 C. Grynfolgel, « Droit français des abus de domination – Article L. 420-2 du Code de commerce », Fascicule n° 260, in *J.-Cl. Commercial*, 2011, n° 170.

L'argument a été explicitement repris par la Cour d'appel de Paris qui rejette la demande d'un plaideur sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce au motif que « *la DGCCRF précise de façon explicite que si une entreprise s'est placée délibérément en situation de dépendance économique, elle ne pourra revendiquer l'application de l'article L. 420-2 du code de commerce, ce qui est le cas, par exemple, d'un commerçant qui a choisi de distribuer ses produits dans le cadre d'une franchise ou d'une entreprise de transport qui, s'étant créée pour répondre aux besoins d'une entreprise donnée, aurait par la suite omis de diversifier sa clientèle* » (C.A. Paris, 4 décembre 2008, S.A.R.L. Chelmarne Voyages c/ S.A. Nouvelles Frontières distribution, n° 05/23981, JurisData n° 2008-006263).

1605 Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26 et Aut. Conc., 3 mars 2010, Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, n° 10-D-08, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 93, note Boy, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 36, note Lécuyer-Arcelin. Approuvant ces décisions, v. M. Chagny, « L'article L. 442-6, I, 2° , du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.*, 2011, p. 392 et s. : « *la dépendance économique, qu'elle ait été choisie ou subie, existe bien, le texte ne procédant à aucune distinction de ce chef* ».

1606 V. supra, n° 89 et s.

1607 En ce sens, M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, n° 763.

II. L'INTÉRÊT VARIABLE DE LA NOTION DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

759. Au-delà des difficultés inhérentes à sa définition, la notion de dépendance économique paraît en outre relativement isolée au sein du système mis en place par le droit de la concurrence français. Si la notion de dépendance économique ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une pratique anticoncurrentielle (A), elle est parfaitement inutile s'agissant des pratiques restrictives de concurrence, dont elle est pourtant issue (B).

A. Une notion insuffisante pour caractériser une pratique anticoncurrentielle

760. Pour ouvrir droit à la protection de l'article L. 420-2 du Code de commerce, encore faut-il que s'ajoute à la situation de dépendance du partenaire, l'absence de toute solution alternative (1). Au-delà, en cas d'abus, celui-ci ne sera sanctionné que s'il est susceptible de porter atteinte à la structure de la concurrence (2).

1. L'absence de solution équivalente

761. La jurisprudence tend à faire de l'absence de solution équivalente la clé de voûte de la dépendance économique. Qu'elle l'aborde indirectement par l'évaluation de l'importance du distributeur dans la distribution de produits concernés¹⁶⁰⁸, ou en tant que critère spécifique, la jurisprudence tend à assimiler dépendance économique et absence de solution équivalente. Ce critère est finalement compris comme englobant les conditions classiques que sont la part de chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le distributeur et l'importance de ce dernier dans la commercialisation du produit en cause. En dépit de sa disparition légale, ce critère demeure incontrouvable (a). On peut toutefois espérer que la suppression légale de cette exigence finisse par induire un assouplissement d'une jurisprudence à l'heure actuelle extrêmement restrictive (b).

a. La ténacité de la jurisprudence

762. **Condition implicite.** Pensant ainsi assouplir les exigences jurisprudentielles et donner un second souffle à l'abus de dépendance économique, le législateur supprimait en 2001 la condition relative à l'absence de solution équivalente¹⁶⁰⁹. La nouvelle rédaction du texte n'a toutefois pas convaincu la jurisprudence, qui continue de faire de l'absence de solution équivalente la clé de voûte de l'infraction. C'est ainsi que dans une décision du 31 août 2001, le Conseil de la concurrence affirmait que « *si la nouvelle rédaction de ne comporte plus de référence explicite à l'absence de solution équivalente, il n'en demeure pas moins que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une*

1608 V. supra, n° 745 et s.

1609 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées, soit en qualité de client, soit en qualité de fournisseur, avec une autre entreprise »¹⁶¹⁰.

763. Pour certains auteurs, le maintien d'une telle condition « *relève du bon sens* »¹⁶¹¹ dans la mesure où la simple référence à la notion de dépendance implique l'absence de solution équivalente. La définition du terme de dépendance dans le langage commun ne peut que conduire à souscrire à une telle analyse¹⁶¹². L'absence de solution équivalente doit être considérée comme « *inhérente à l'état de vulnérabilité* »¹⁶¹³. Il convient d'ajouter au soutien de la position jurisprudentielle un élément d'interprétation théologique au terme duquel il est possible d'affirmer que l'intention du législateur n'a jamais été de supprimer la condition relative aux solutions équivalentes. On ne retrouve en effet aucune considération de cet ordre au cours des débats parlementaires¹⁶¹⁴. Cette position est depuis constamment réaffirmée, notamment par la Cour d'appel de Paris¹⁶¹⁵ et Cour de cassation¹⁶¹⁶. Si le critère paraît ainsi empreint de bon sens et de cohérence, son appréciation peut davantage porter à débat.

b. Les espoirs d'un assouplissement

764. En pratique, il est fort rare qu'un fournisseur ne dispose absolument d'aucune alternative, sauf à ce que le distributeur jouisse d'un monopole des plus absolus sur le marché aval. Il est en revanche plus fréquent que ces alternatives ne soient pas viables ou soient si difficiles à mettre en œuvre qu'elles relèvent de la pure théorie. S'agissant plus spécifiquement des centrales d'achat des grands réseaux de franchise de distribution, le Conseil de la concurrence s'est toujours refusé à apprécier globalement leur comportement. La dépendance d'une profession vis-à-vis des réseaux de distribution n'est donc jamais appréciée en tant que telle, même si les différentes centrales se comportent de façons parfaitement identiques¹⁶¹⁷. En vérité, il existe toujours d'autres solutions pour une entreprise : reste à déterminer jusqu'à quel point elles peuvent être considérées comme « équivalentes ». L'arrêt du 3 mars 2004 donne à cet égard quelques pistes. On

1610 Cons. conc., 31 août 2001, 01-D-49, n° 01-D-49.

1611 M. Chagny, « La définition de l'état de dépendance économique après la loi du 15 mai 2001 », *JCP E*, 2004, 1247, n° 4. Dans le même sens, C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, P.U.F., 2002, p. 922.

1612 V. supra, n° 753.

1613 Y. Picod, « Critères de l'état de dépendance économique : la Cour de cassation ne fléchit pas », note sous Cass. com., 3 mars 2004, *D.*, 2004, p. 1661.

1614 Ibid.

1615 C.A. Paris, 4 mai 2004, Suzuki.

1616 V. par exemple Cass. Com., 7 janvier 2004, *Sofemi c/ SA Comilog*, n° 02-11.014, *JurisData* n° 2004-021692, *Cont. conc. consom.*, 2004, comm. 39, note Malaurie-Vignal, *JCP E*, 2004, 315, *D.*, 2004, p. 346, obs. Chevrier ; Cass. Com., 3 mars 2004, *Sté Concurrence c/ Sté Sony*, n° 02-14.529, *JurisData* n° 2004-022753, *JCP E*, 2004, 1247, note Chagny ou encore Cass. Com., 9 avril 2002, *Constructions Charmilles c/ époux Z...* n° 00-13.901 : Inédit.

1617 Cons. Conc., 31 janvier 2001, n° 00-D-80 ; Cons. Conc., 18 août 2003, n° 03-D-42, *Contrats, conc., consom.*, 2003, comm. 182. Dans le même sens, v. F. Riem, « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *Rev. Lamy conc.*, 2009, no 21, p. 31

y lit en effet que la dépendance économique doit être retenue lorsqu'une entreprise ne dispose pas de la possibilité de substituer à son partenaire d'autres acteurs « *répondant à sa demande [...] dans des conditions techniques et économiques comparables* »¹⁶¹⁸.

765. Raisonnement trop abstrait. Il faut probablement déduire de cette formulation qu'une solution équivalente dont la mise en œuvre générerait d'importantes contraintes techniques et économiques n'est pas une réelle alternative et ne permet donc pas d'exclure la dépendance¹⁶¹⁹. Le Professeur Michel Glais propose une méthodologie propre à déterminer si une solution présentée comme équivalente constitue véritablement une alternative viable pour l'entreprise¹⁶²⁰. Le premier « test » consiste à vérifier l'existence de solutions techniques et commerciales sur le marché en cause. En d'autres termes, existe-t-il d'autres réseaux potentiellement clients des produits fabriqués par le fournisseur ? En cas de réponse positive à ce premier test, encore faut-il « *estimer l'importance des délais dans lesquels l'entreprise en cause pourrait disposer des solutions relevées, puis apprécier le coût de changement du partenaire commercial* »¹⁶²¹. Il s'agit en somme d'évaluer les coûts de sortie induits par le changement de distributeur. La dernière étape vise à déterminer si ces coûts peuvent raisonnablement être compensés par la solution présentée comme équivalente. Le Professeur Laurence Boy rejoint cette analyse, tout en regrettant que les autorités de la concurrence se contentent d'un raisonnement par trop abstrait et formel. L'auteur relève qu'un « *raisonnement au cas par cas doit être mené, car s'il existe des telles possibilités théoriques, il faut tenir compte de chaque hypothèse, ce que ne permet pas la modélisation aussi sophistiquée soit elle, des possibilités concrètes et pratiques de ces 'sorties'* »¹⁶²².

766. Solution de remplacement compétitive. Définissant désormais la dépendance économique comme la situation où le distributeur « *ne dispose pas de la possibilité de substituer à son fournisseur un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables* »¹⁶²³, la

1618 Cass. Com., 3 mars 2004, Sté Concurrence c/ Sté Sony, n° 02-14.529, JurisData n° 2004-022753, *JCP E*, 2004, 1247, note Chagny. Il faut toutefois noter que cet arrêt est rendu concernant la dépendance d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur, hypothèse inverse de celle que nous envisageons ici. La solution paraît toutefois transposable dans la mesure où le critère d'absence de solution équivalente est maintenu dans les deux configurations.

1619 On ne peut s'empêcher d'envisager le cas des fabricants de marque de distributeur, souvent soumis à des exigences très précises, spécifiques au réseau qu'ils fournissent. Bien que des produits similaires soient distribués par d'autres réseaux de même importance, il est difficile de considérer qu'il s'agit là de solutions équivalentes pour le fournisseur. Ce dernier a souvent réalisé des investissements importants pour s'adapter à la demande de son client, investissements qui ne sont pas forcément compatibles avec les contraintes imposées par d'autres distributeurs.

1620 M. Glais, « La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir », *Contrats, conc. consom.*, 2006, no 12, p. 18 et s.

1621 Ibid.

1622 L. Boy, « Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? », *Rev. Lamy conc.*, 2010, no 23, p. 93.

1623 Cass. Com., 3 mars 2004, Sté Concurrence c/ Sté Sony, n° 02-14.529, JurisData n° 2004-022753, *JCP E*, 2004, 1247, note Chagny.

Cour de cassation ouvre nécessairement la voie à une prise en compte par les juridictions du fond des contraintes et coûts économiques générés par les solutions alternatives. Comme le note un auteur, « *cette formulation a le mérite de souligner que l'état de dépendance économique ne saurait être exclu en présence d'une solution de remplacement quelconque et qu'il importe de s'assurer que cette dernière est compétitive* »¹⁶²⁴. Certains vont plus loin et espèrent voir dans cette formulation la consécration bienvenue de la condition subjective posée par le droit allemand, laquelle consiste en l'absence d'alternative « supportable »¹⁶²⁵. Une telle approche revient à prendre en considération les intérêts de l'entreprise en position de dépendance et à préserver sa capacité compétitive¹⁶²⁶. Elle permettrait sans doute de contribuer à donner à l'abus de dépendance économique l'intérêt qui semble aujourd'hui lui manquer. Sans faire machine arrière, la Cour de cassation a toutefois pris le soin de préciser en 2008 que « *l'abus de dépendance économique [...] ne saurait résulter de la seule impossibilité alléguée [...] de s'approvisionner dans des conditions identiques à celles qui [...] étaient consenties [précédemment]* »¹⁶²⁷. En d'autres termes l'arrêt rappelle qu'équivalent ne signifie pas identique, ce qui relève de la lapalissade. Il laisse cependant en suspens, et probablement à l'appréciation des juridictions du fond, la question de savoir jusqu'à quel point deux solutions différentes peuvent être considérées comme équivalentes.

2. *L'incidence sur le fonctionnement ou la structure de la concurrence*

767. La référence à l'incidence sur le fonctionnement ou la structure de la concurrence issue de la loi NRE peut être perçue comme un assouplissement des conditions de mise en œuvre de l'article L. 420-2 du Code de commerce, dans la mesure où la loi faisait antérieurement référence au jeu de la concurrence sur « un marché ». La question est d'importance pour les fournisseurs des réseaux de distribution dans la mesure où il est relativement peu probable que les pratiques d'une enseigne, aussi importante soit-elle, puissent notablement affecter le marché de la distribution des produits en question¹⁶²⁸. Toutefois, dès la promulgation de la loi NRE, la doctrine avait pu émettre des doutes sur la portée de cette modification, dont certains ne voyaient pas en quoi elle pourrait conduire le Conseil de la concurrence à modifier sa pratique décisionnelle¹⁶²⁹ que d'aucuns qualifient de sclérosante¹⁶³⁰.

1624 M. Chagny, « La définition de l'état de dépendance économique après la loi du 15 mai 2001 », *JCP E*, 2004, 1247, n° 5.

1625 M. Pédamon, « Les abus de domination », *Cah. dr. entr.*, 1987, no 2, p. 28.

1626 E. Claudel, « Abus de dépendance économique : la notion se précise », *RTD com.*, 2004, p. 463.

1627 Cass. Com., 16 décembre 2008, Concurrence c/ Sony, n° 08-13.423, *JCP E*, 2009, n° 19, p. 24, note Mainguy.

1628 En ce sens, M.-C. Guérin, « Concurrence – Pratiques anticoncurrentielles – Éléments constitutifs », Fascicule n° 20, in *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2008, n° 62

1629 L. Idot, « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP G*, 2001, I, 343, n° 18.

1630 M. Chagny, « L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.*, 2011, p. 392 et s.

768. De fait, l'affectation du marché demeure aujourd'hui encore une condition implicite de la sanction de la dépendance économique par l'article L. 420-2. La solution est en définitive cohérente avec l'esprit du texte, lequel est inséré dans les dispositions du Code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Cette interprétation, estiment certains, garantit « *le respect des principes de liberté contractuelle et d'entreprendre* »¹⁶³¹. De même, une telle lecture du texte apparaît également cohérente avec sa lettre même. Déterminer si le fonctionnement ou la structure de la concurrence sont affectés implique inévitablement un examen du marché pertinent¹⁶³². Une telle interprétation peut toutefois conduire à s'interroger quant à la pertinence du maintien d'une infraction prise en tenaille entre l'abus de position dominante et les pratiques restrictives de concurrence. Que le marché soit affecté par la dépendance d'un fournisseur implique probablement que son cocontractant est en position dominante : la pratique sera alors poursuivie sur ce fondement. À l'inverse, dans le cas le plus fréquent où la structure de la concurrence n'est nullement affectée par un abus de domination, le recours à l'article L. 420-2 devient impossible et les pratiques restrictives de concurrence prennent alors tout leur sens. Depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE, le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence ont finalement eu très peu d'occasions de mettre en œuvre ce texte, si bien que l'on retrouve presque chaque année, à l'image d'une clause de style, dans les rapports annuels la mention qu'« aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été examinée durant l'année, le Conseil [l'Autorité] n'ayant pas retenu, au préalable, d'état de dépendance économique ». En somme, le droit des pratiques anticoncurrentielles semble une arme bien peu efficace pour les tiers victimes du joug d'un réseau de franchise. Le droit des pratiques restrictives a, pour sa part, fait naître d'importants espoirs.

B. Une notion inutile pour caractériser une pratique restrictive de concurrence

769. Et si la sanction de la dépendance économique devait passer par d'autres textes que celui incriminant précisément l'abus de dépendance ? La question semble légitime au vu de l'incapacité des diverses interventions législatives à redonner une quelconque vigueur à l'article L. 420-2 du Code de commerce. À l'inverse, le législateur semble avoir bien davantage été inspiré par le droit des pratiques restrictives de concurrence, lequel a évolué durant la dernière décennie vers un champ d'application toujours plus large. Certains ont pu écrire qu'il faisait, en la matière, « feu de tout bois »¹⁶³³.

1631 C. Grynfoegel, « Droit français des abus de domination – Article L. 420-2 du Code de commerce », Fascicule n° 260, in *J.-Cl. Commercial*, 2011, n° 181.

1632 En ce sens, v. J.-B. Blaise, « Pratiques anticoncurrentielles : incertitudes et ambiguïtés d'une réforme », *Bull. ILEC*, 2001, no 329 et C. Grynfoegel, « Droit français des abus de domination – Article L. 420-2 du Code de commerce », Fascicule n° 260, in *J.-Cl. Commercial*, 2011, n° 162.

1633 C. Maréchal, « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », Fascicule n° 25, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2009, n° 45.

770. Texte curatif. L'article L. 442-6 est en vérité taillé sur mesure pour appréhender le comportement des grands réseaux de distribution dans leurs relations avec leurs fournisseurs. Sa particularité et sa force sont de ne s'intéresser qu'aux conséquences de la domination, sans jamais tenter la difficile appréciation des causes, responsable de l'échec du droit des pratiques anticoncurrentielles. En d'autres termes, il n'est nul besoin de prouver la dépendance, celle-ci s'inférant naturellement de pratiques clairement et objectivement identifiables. Parvenir, par exemple, à soumettre¹⁶³⁴ un partenaire commercial à des obligations significativement déséquilibrées implique, de fait, que celui-ci est en situation de dépendance, sans quoi il n'aurait jamais accepté de telles conditions. En somme, si l'encadrement de la dépendance économique n'est pas le propos initial de l'article L. 442-6 du Code de commerce (1), elle n'en reste pas moins une finalité parfaitement compatible avec ce dernier (2).

1. La dépendance économique : une condition inexistante en matière de pratiques restrictives de concurrence

771. Depuis la loi du 4 août 2008, le terme de dépendance n'est plus employé par le pourtant très fourni article L. 442-6 du Code de commerce. Formellement, la dépendance économique n'est donc plus une condition d'application du texte¹⁶³⁵. On sait qu'avant cette réforme, la sanction de l'abus de relation de dépendance telle que prévue par l'article L. 442-6, 2°, b avait peiné à trouver son autonomie par rapport au traditionnel abus de dépendance économique. La Cour d'appel de Paris avait notamment pu estimer que « *l'état de dépendance économique au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, b du Code de commerce [...] caractérise une situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre, compte tenu de l'impossibilité de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes* »¹⁶³⁶. Cette solution était rigoureusement reprise par la Cour de cassation¹⁶³⁷.

1634 Le mot est employé à trois reprises par le texte, ce qui n'est pas neutre. La définition habituellement donnée de ce terme n'est autre que « *mettre sous sa puissance, sous l'autorité ; mettre dans un état de dépendance* » (E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome 6, Encyclopedia Britannica Inc., 1994, v. « Rupture »). V. nos développements à propos de la clause de non-concurrence, supra, n° 378 et s.

1635 Sur cette question, v. supra, n° 378.

1636 C.A. Paris, 8 mars 2006, SA Galerie Sainte Anne c/ SA Mendes, JurisData n° 2006-299515, *Contrats conc. consom.*, 2006, comm. 133, obs. Malaurie-Vignal, *RLDC*, 2006, n° 4, p. 79, obs. Fasquette et Roberval.

Une telle définition renvoie nécessairement à la théorie des solutions équivalentes développée sur le fondement de l'article L. 420-2. Sur cette notion, v. n° 745.

1637 Cass. Com., 23 octobre 2007, TND c/ TND Nord, n° 06-14.981, *JCP G*, 2008, I, 136, obs. Chagny, *RJDA*, 2008, n° 330, *RLDC*, 2008, n° 1, p. 133, obs. Roberval et Fasquelle, *JCP E*, 2008, n° 21, p. 29, note Mainguy, *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 129, note Fasquelle. La Cour de cassation censure pour défaut de base légale une Cour d'appel qui avait omis de rechercher « *si [le requérant], qui avait reçu d'autres propositions de collaboration, n'avait pas librement décidé de ne pas engager une nouvelle collaboration avec [son partenaire]* ».

Madame Hagelsteen soulignait à ce titre que l'article L. 442-6 du Code de commerce, dans son ancienne rédaction « *demeur[ait], en pratique, très peu appliqué (seules deux décisions auraient été rendues par des juges du fond depuis l'adoption de cette disposition en 2001, selon les indications données*

772. **Assignations Novelli.** Cette jurisprudence semble devenue obsolète à la faveur du remaniement opéré par la LME. Peu de décisions ont été rendues sur le fondement de la nouvelle version du texte, quoique l'ancien secrétaire d'État au Commerce et à la Consommation avait rapidement lancé neuf assignations à l'encontre de groupes de distribution d'envergure nationale, dont beaucoup sont organisés sous forme de franchise. Si certaines juridictions de première instance se sont déjà prononcées¹⁶³⁸ sur ce que d'aucuns baptisent les « assignations Novelli »¹⁶³⁹, aucune de ces décisions n'est pour l'instant définitive. En dépit de la prudence que doit nécessairement inspirer une telle situation, il est toutefois possible de constater qu'aucune de ces décisions ne fait mention de l'état de dépendance économique pour en sanctionner les manifestations les plus néfastes. Les juges du fond examinent point par point les divers agissements des réseaux de franchise pour se prononcer sur l'éventuelle existence de déséquilibres significatifs.

2. *La sanction de la dépendance : une finalité compatible avec les pratiques restrictives de concurrence*

773. Les pratiques restrictives de concurrence peuvent légitimement apparaître comme le berceau de la sanction de dépendance économique. Toutefois, les espoirs initialement suscités (a), ont aujourd'hui laissé place à un avenir plus incertain (b).

a. *Les débuts prometteurs*

774. Le déséquilibre significatif est-il de nature à permettre de lutter contre l'abus de dépendance économique ? Une telle question est, d'un point de vue théorique, parfaitement légitime dans la mesure où les deux notions sont nécessairement distinctes. Tout déséquilibre entre les droits et obligations des parties dans une convention ne résulte pas nécessairement de la dépendance de l'une par rapport à l'autre. À l'inverse, il semble possible d'abuser de la dépendance d'un partenaire économique autrement

*par la DGCCRF). En effet, le juge paraît enclin à ne pas donner des notions de dépendance économique ou de puissance d'achat des acceptions différentes de celles retenues dans le cadre du titre II, qui sont assez exigeantes. Par ailleurs, chaque distributeur [...] fait en sorte de ne pas représenter dans le chiffre d'affaires de ses fournisseurs une part supérieure à 20/25 %, pour éviter d'entrer dans le champ de l'article » (M.-D. Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi et au secrétaire d'État chargé de la consommation et du tourisme*, 2008, p. 28).*

1638 Voir, pour un récapitulatif de celles-ci M.-D. Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi et au secrétaire d'État chargé de la consommation et du tourisme*, 2008, p. 28. Notamment A. Berg-Moussa, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E*, 2012, 1139 ; T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama, *D.*, 2010, p. 1000, note J. Sénéchal, *RTD civ.*, 2010, 324, obs. Fages, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall, *RDL*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny, *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais ; T. com. Lille, 7 septembre 2011, Min. Éco. c/ Auchan, *JCP E*, 2011, 1701, note Chantepie, *Contrats, conc. consom.*, 2011, comm. 234, obs. Mathey ; T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Min. Éco. c/ Provera France.

1639 Notamment sous la plume de T. com. Paris, 22 novembre 2011, Min. Éco. c/ Galec JurisData n° 2011-032619.

qu'en le soumettant à des obligations déséquilibrées. En réalité toutefois, les premiers apports de la jurisprudence tendent à montrer que les deux notions ne sont finalement pas si éloignées que ce que l'on aurait pu penser.

775. Déséquilibre imposé. Certes, un contrat peut être déséquilibré par le seul jeu de la liberté contractuelle sans que ce déséquilibre soit nécessairement le révélateur de l'infériorité économique de l'un des deux partenaires. Gageons toutefois que les cas de déséquilibres significatifs pleinement acceptés et librement consentis demeurent relativement marginaux si l'on présuppose que, dans un système libéral, chacun des acteurs économiques poursuit la maximisation de son profit. De tels déséquilibres tomberaient-ils par ailleurs sous le coup de l'article L. 442-6, 2° ? Si l'on se réfère au texte lui-même, l'emploi du verbe « soumettre » semble renvoyer à des obligations imposées unilatéralement. Les quelques décisions rendues sous l'empire de ce texte paraissent emprunter la même analyse. Dans sa décision concernant le réseau Castorama, le tribunal de commerce de Lille remarque ainsi que la tête de réseau a « *imposé de manière unilatérale à ses fournisseurs des pénalités de retard* »¹⁶⁴⁰ à un taux exorbitant et usuraire « *sans concertation* »¹⁶⁴¹. Les juges consulaires lillois relèvent encore que les délais de paiement « *n'ont pas été véritablement négociés* »¹⁶⁴², que le principe des acomptes mensuel a été « *imposé* »¹⁶⁴³ par l'enseigne, tandis que l'usage du virement commercial à échéance n'a « *pas fait l'objet de négociation avec [les] fournisseurs* »¹⁶⁴⁴... On retrouve des constatations similaires dans la plupart des décisions rendues sur la base des assignations Novelli¹⁶⁴⁵. La doctrine reprend ces analyses à son compte et estime qu'« *un caractère unilatéral et non négocié* »¹⁶⁴⁶ est l'un des critères permettant la qualification de déséquilibre significatif.

776. Pratiques hors du cadre contractuel. À l'inverse, il est certain que tout abus de dépendance n'implique pas nécessairement l'existence d'obligations manifestement déséquilibrées. L'exemple le plus frappant est sans doute la pratique dite du déréférencement, laquelle se situe hors du cadre contractuel et obligationnel. On sait toutefois que cette pratique est directement visée par les 4°) et 5°) du même article 442-6. De même, l'incrimination de la tentative de soumission à des obligations significativement

1640 J. Vogel, « Négociations tarifaires fournisseurs / grande distribution : comment aborder les négociations 2012 ? », *JCP E*, 2012, 1183.

1641 T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama, *D.*, 2010, p. 1000, note J. Sénéchal, *RTD civ.*, 2010, 324, obs. Fages, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall, *RDLC*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny, *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais

1642 Ibid.

1643 Ibid.

1644 Ibid.

1645 La décision rendue à l'encontre d'Auchan relève que certaines conditions ont été imposées « *de manière unilatérale* » (ibid.). Le Tribunal de commerce de Paris évoque à propos de la centrale d'achats du groupe Leclerc une tentative « *d'enjoindre aux fournisseurs de renoncer à leurs créances* » (T. com. Lille, 7 septembre 2011, Min. Éco. c/ Auchan, *JCP E*, 2011, 1701, note Chantepie, *Contrats, conc. consom.*, 2011, comm. 234, obs. Mathey).

1646 T. com. Paris, 22 novembre 2011, Min. Éco. c/ Galec JurisData n° 2011-032619.

déséquilibrées est sans doute de nature à permettre au texte de s’émanciper du strict cadre contractuel. En dépit de son effrayante généralité, l’article L. 442-6 semble ainsi paré de nombreux attraits à l’égard de ceux qui militent pour un rééquilibrage des relations entre les grands réseaux de franchise de distribution et leurs fournisseurs et pour une meilleure appréhension de la dépendance économique. Son avenir demeure, malgré tout, relativement incertain.

b. Les lendemains plus incertains

777. Bien qu’il soit passé entre les fourches caudines de la question prioritaire de constitutionnalité, d’autres chausse-trapes semblent se dresser devant l’article L. 442-6, 2° du Code de commerce. Preuve, peut-être, d’une certaine efficacité du texte, les têtes de réseau déploient des trésors d’ingéniosité pour tenter d’échapper à son champ d’application. Les clauses de renonciation d’une part **(b-1)** et le droit international privé d’autre part **(b-2)** semblent actuellement les deux principaux obstacles à surmonter pour le déséquilibre significatif.

b-1. Le déséquilibre significatif
à l’épreuve des « clauses de renonciation »

778. **Mise en échec du dispositif.** La polémique a été lancée par Michel Édouard Leclerc¹⁶⁴⁷ à l’automne 2011¹⁶⁴⁸. Ce dernier affirmait que le groupe Leclerc « *poserait comme préalable à toute négociation un engagement du fournisseur de défendre en justice le contrat conclu en cas d’action de la DGCCRF pour déséquilibre significatif* »¹⁶⁴⁹. Une telle clause revient, peu ou prou, à priver l’article L. 442-6 de toute sa substance. Est-ce à dire que le fournisseur renoncerait, par avance, à toute action au titre du déséquilibre significatif ? Sans doute pas. On pourrait d’ailleurs émettre quelques doutes quant à la validité d’une telle renonciation¹⁶⁵⁰. Probablement faut-il comprendre qu’en cas d’action unilatérale du ministre – comme dans le cas des assignations Novelli – le fournisseur serait contractuellement tenu d’intervenir volontairement à la cause, afin d’appuyer les prétentions du franchiseur¹⁶⁵¹. Or, précisément, l’action du ministre de l’Économie a été conçue comme permettant de supplanter les fournisseurs qui, en situation de dépendance se trouvent dans l’incapacité économique d’agir pour

1647 Chacun sait que le groupe Leclerc est essentiellement fondé sur le modèle coopératif, et possède donc peu de magasins franchisés. A l’égard des tiers cependant, et relativement à la problématique de la dépendance des fournisseurs face au réseau, l’organisation interne du réseau nous semble une question accessoire, si bien que les solutions posées pour une coopérative de commerçants indépendants sont parfaitement transposables à un réseau de franchise. Au reste, beaucoup des concurrents directs du groupe Leclerc sont, pour leur part, organisés sous forme de franchise.

1648 A l’occasion du colloque LSA du 4 octobre 2011 (cf. J. Vogel, « Négociations tarifaires fournisseurs / grande distribution : comment aborder les négociations 2012 ? », *JCP E*, 2012, 1183, n° 37).

1649 Ibid.

1650 La Cour de cassation pose en effet le principe selon lequel « *il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l’ordre public* » (ibid.).

1651 Ce qui implique, au surplus, un coût financier pour le fournisseur, dont rien n’indique que la tête de réseau s’engage à l’indemniser.

défendre leurs propres intérêts¹⁶⁵². Une telle clause aboutit finalement à les forcer à jouer contre leur camp. Certaines enseignes seraient même allées plus loin, imposant aux fournisseurs de reconnaître l'équilibre du contrat, de le défendre face à la DGC-CRF, mais encore de prendre à leur charge toutes les amendes qui pourraient être infligées au distributeur de ce fait¹⁶⁵³.

779. Mise en abîme. Une solution, en forme de mise en abîme, peut être suggérée : une clause obligeant systématiquement un fournisseur à défendre un contrat suspecté d'être significativement déséquilibré n'est-elle pas, elle-même, source de déséquilibre significatif ? Une telle pirouette ne permet pas nécessairement d'annuler la clause, le texte étant muet sur cette question¹⁶⁵⁴. Elle devrait en revanche permettre aux juges d'ordonner, éventuellement sous astreinte, la cessation de telles pratiques ce qui, à terme, aurait une portée pratique équivalente.

b-2. Le déséquilibre significatif à l'épreuve du droit international privé

780. Exil juridique. L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce pré-suppose évidemment que le droit français soit applicable au contrat. Dans un contexte économique où les grands réseaux de distribution ont systématiquement une envergure européenne, voire mondiale, cette exigence apparaît de plus en plus facile à contourner. Une plume autorisée rapporte que certaines enseignes auraient entamé un processus d'« exil juridique » en Suisse, faisant conclure leurs contrats de fourniture par une filiale helvète et y insérant des clauses compromissaires au profit d'un tribunal arbitral suisse¹⁶⁵⁵.

781. Le risque de forum shopping en matière de contrats de distribution a été pris en considération par la doctrine, laquelle estime que l'article L. 442-6, compte tenu de sa finalité, doit être considéré comme une loi de police¹⁶⁵⁶. Dès lors, une telle qualification est de nature à faire échec à l'application de la loi désignée par la règle de conflit ou par la clause de choix, au profit de la loi française. La jurisprudence l'a d'ailleurs déjà jugé¹⁶⁵⁷.

782. Clause compromissoire. La difficulté réside cependant dans l'insertion d'une clause d'arbitrage, à laquelle les lois de police ne semblent pas en mesure de faire

1652 A cet égard, la solution jusqu'à présent retenue, qui consistait à ne pas assigner les fournisseurs nous paraît particulièrement bienvenue, quoiqu'un peu paradoxale. Mettre les fournisseurs dans la cause reviendrait à les forcer à prendre partie. Position fort délicate dans la mesure où défendre un contrat qui leur est défavorable n'est pas leur rôle, ne pas le faire risquerait de les placer en difficulté face à leur principal client.

1653 V. Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1998, n° 96-13.972, *JCP G*, 1998, II, 10148, note Piedelièvre.

1654 V., à propos de l'annulation de la clause de non-concurrence sur le fondement de ce texte, supra, n° 383.

1655 J. Vogel, « Négociations tarifaires fournisseurs / grande distribution : comment aborder les négociations 2012 ? », *JCP E*, 2012, 1183.

1656 V. notamment *ibid.*

1657 J.-P. Viennois, « Contrats de distribution – Règles communes aux différents contrats de distribution », Fascicule n° 303, in *J.-Cl. Commercial*, 2005, n° 130.

systématiquement échec. La question a déjà été soumise à la Cour de cassation en matière de rupture abusive de contrat. Les hauts magistrats ont décidé que « *la clause compromissoire [...] n'est pas manifestement inapplicable [...] peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* »¹⁶⁵⁸. Dès lors, la stratégie des têtes de réseau ne semble se heurter à aucun obstacle sur le plan du droit international privé, bien que l'attendu précité semble faire œuvre de prudence. En pareil cas, le salut pourrait venir de l'exercice par le ministre de l'Économie de ses prérogatives en engageant l'action : celle-ci étant autonome de celle exercée par les fournisseurs¹⁶⁵⁹ et l'administration étant par essence tiers au rapport contractuel, la clause compromissoire et la désignation de la loi étrangère ne seraient alors plus des obstacles¹⁶⁶⁰.



783. Le problème fondamental de l'encadrement des relations entre réseau et tiers tient à la dépendance potentielle dans laquelle ces derniers sont susceptibles de se trouver. Aussi, la lutte contre la dépendance économique est un véritable serpent de mer du droit de la concurrence. Pourtant, toutes les tentatives pour tâcher d'appréhender juridiquement cette notion éminemment économique sont demeurées insatisfaisantes. De façon relativement paradoxale, c'est de l'éviction de la notion de dépendance que proviendra sa sanction plus efficace. En droit positif, la dépendance économique n'est plus un critère fondamental d'application des deux textes qui visent à en sanctionner les conséquences¹⁶⁶¹. A cet égard, la sanction du déséquilibre significatif par l'article 442-6 paraît être une arme redoutable de rééquilibrage des relations entre le réseau et les tiers ; tout comme d'ailleurs nous avons vu qu'elle pouvait être porteuse de certains espoirs dans les relations entre les parties¹⁶⁶². Les résultats des premières assignations lancées par le Ministre sur le fondement de ce texte confirment cette lueur d'espoir. Gageons toutefois que l'avenir du texte n'est pas acquis. Comme toute règle de portée très générale, il est à craindre que le déséquilibre significatif ne subisse un sort similaire

1658 T. com. Roubaix, 12 février 2004, SA SEDI c/ SA La Redoute : Inédit.

1659 Cass. Com., 8 juillet 2010, Doga, n° 09-67.013, JurisData n° 2010-012390, *JCP E*, 2011, n° 6, p. 28, note Béguin, *D.*, 2010, p. 2933, note Clay, *D.*, 2010, p. 1797, note Delpech.

1660 En ce sens, Cass. Com., 8 juillet 2008, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Sté coopérative Groupement d'achats des centres Leclerc, n° 07-16.761, JurisData n° 2008-044791 : Bull. civ. IV, n° 143, *D.*, 2008, p. 2067, note Chevrier, *D.*, 2008, p. 3046, note Bandrac, *D.*, 2008, p. 2749, note Bélaival et Salomon, *JCP E*, 2008, 2143, note Ballot-Léna, *Contrats conc. consom.*, 2008, comm. 37, note Malaurie-Vignal.

1661 La dépendance économique reste un critère si ne qua non d'application de l'article L. 420-2, mais n'en est plus le critère unique et fondamental. En revanche, la dépendance n'est pas une condition d'application de l'article L. 442-6.

1662 V. supra, à propos du problème de la clause de non-concurrence, n° 373 et s.

à celui de l'enrichissement sans cause : condamné à n'être qu'une variable d'ajustement afin de ne pas être une « machine à faire sauter le droit »¹⁶⁶³.

SECTION II. LES INCIDENCES DE LA DÉPENDANCE DES TIERS DANS LEURS RELATIONS AVEC LE RÉSEAU

784. Moralisation du contrat. L'introduction d'une sanction – directe ou indirecte – de la dépendance économique s'est, au fil du temps, transformée en un véritable instrument de moralisation du contrat au service du juge. Ainsi, et à l'instar du droit de la consommation, diverses pratiques que l'on pourrait qualifier d'abusives ont pu être éradiquées. L'exigence d'équilibre s'est ainsi renforcée tant dans l'exécution du contrat **(I)**, que dans ses conditions de résiliation **(II)**.

I. UNE EXIGENCE ACCRUE D'ÉQUILIBRE DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT

785. Les réseaux de la grande distribution alimentaire apportent une contribution non négligeable à la jurisprudence en matière de déséquilibre significatif. Deux types de clauses ont été fustigées par les juridictions : celles aménageant de façon déséquilibrée les modalités de paiement **(A)** et celles relatives à la renégociation des contrats **(B)**.

A. Les clauses déséquilibrées quant aux paiements

786. En matière de modalité de paiement, la force des grands réseaux de distribution avait conduit à la généralisation de pratiques abusives. À l'instar de ce que l'on peut connaître entre franchiseur et franchisés¹⁶⁶⁴, certaines enseignes avaient mis en place un système de ristournes de fin d'année aboutissant à un véritable enfermement des fournisseurs **(1)**. De même, certains réseaux, usant de la liberté contractuelle, avaient pris pour habitude d'imposer un moyen de paiement à leurs partenaires commerciaux **(2)**.

1. L'anticipation des ristournes de fin d'année

787. La pratique des ristournes de fin d'année est bien connue, ancienne, et quasi généralisée dans le domaine de la grande distribution¹⁶⁶⁵. Ces ristournes font par-

¹⁶⁶³ Selon l'expression du Professeur Flour à propos de l'enrichissement sans cause.

¹⁶⁶⁴ V. supra, n° 100 et s.

¹⁶⁶⁵ V. notamment M.-E. André, « Ristournes et commission de gestion », *Cab. dr. entr.*, 1988, no 6

tie, avec les services de coopération, des diverses marges-arrières que le législateur a entendu encadrer, puis réduire, en les incluant progressivement dans le calcul du seuil de revente à perte¹⁶⁶⁶. En pratique, le mécanisme conduit le fournisseur d'un réseau de distribution à consentir, en fin d'année, une ristourne proportionnelle au volume d'affaires que lui aura apporté la tête dudit réseau. L'originalité du système réside dans le caractère différé de la remise, le volume d'achats pour une année n n'étant par essence connu avec précision qu'au début de l'année $n+1$. Bien qu'elles aient pu être, un temps, dans le collimateur des pouvoirs publics, la légalité des ristournes de fin d'année ne fait cependant aucun doute, sous réserve du respect des dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce. Sous le prisme de la dépendance économique, le débat ne porte donc pas sur la validité d'un tel mécanisme, mais plutôt sur les modalités de sa mise en œuvre. La jurisprudence récente fournit plusieurs exemples de sanction de réseaux de distribution condamnés pour avoir abusé de cette pratique, dans des conditions créant un déséquilibre significatif des obligations des parties.

788. C'est le groupe succursaliste Castorama qui a donné lieu à la plus célèbre décision rendue sur le fondement du déséquilibre significatif s'agissant des ristournes de fin d'année¹⁶⁶⁷. Un peu plus d'un an plus tard, c'est la société Provera¹⁶⁶⁸ qui faisait les frais de l'article L. 442-6 pour des raisons similaires¹⁶⁶⁹. Prétendant du raccourcissement des délais de paiement imposé par le législateur en 2008, Castorama avait considérablement modifié le cadre contractuel de ses relations avec ses fournisseurs pour l'année 2009. Ainsi, les ristournes annuelles faisaient désormais l'objet d'un paiement mensuel, par acompte. À l'inverse, Castorama bénéficiait d'un accord dérogatoire applicable au secteur du bricolage, si bien qu'en dépit de l'intervention de la LME, le groupe continuait à payer ses achats avec un délai de 75 jours fin de mois¹⁶⁷⁰. Ce faisant, les ristournes « annuelles » étaient en réalité consenties et payées par le fournisseur deux à trois mois avant que ce dernier n'ait réellement encaissé les factures au titre desquelles il avait émis lesdites ristournes. Le mécanisme était complété par l'instauration, au bénéfice de Castorama, de pénalités de retard et de taux d'intérêt prohibitifs¹⁶⁷¹.

1666 L'article L. 442-2 du Code de commerce dispose désormais en son deuxième alinéa que « *Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.* »

1667 T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama, *D.*, 2010, p. 1000, note J. Sénéchal, *RTD civ.*, 2010, 324, obs. Fages, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall, *RDLC*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny, *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais.

1668 La SAS Provera France est mandataire à l'achat pour le groupe de magasins franchisés Cora.

1669 T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Min. Éco. c/ Provera France.

1670 Décret n° 2009-490 du 29 avril 2009 portant dérogation aux dispositions relatives aux délais de paiement dans le secteur du bricolage.

1671 Le taux était fixé à 1 % par jour de retard ce qui, compte tenu de l'anatocisme, correspond approximativement à un taux annuel de 3700 % !

Enfin, les juges consulaires lillois remarquent que rien dans le contrat n'envisageait le cas d'une diminution du chiffre d'affaires, et par conséquent des mensualités¹⁶⁷².

789. Le système mis en place par le groupe Cora était en tous points similaire. Appliquant les dispositions légales, le groupe payait en moyenne ses fournisseurs 30 à 60 jours après réception de la marchandise. À l'inverse, les conditions générales d'achat stipulaient, pour les services de coopération commerciale, un délai de 30 jours après émission de la facture. Une annexe à ces conditions générale permettait en outre que les services de coopération commerciale pouvaient être facturés avant même leur réalisation, les parties convenant d'étaler les paiements selon un calendrier préétabli. Le tribunal de commerce de Meaux résume la situation en ces mots, estimant que cette méthode revient pour Cora à « *facturer ses prestations avant même leur réalisation quand ses achats sont, quant à eux, payés de 30 à 60 jours après réception de la marchandise* »¹⁶⁷³.

790. Montages juridiques légaux. Dans les deux affaires, il est intéressant de constater que le déséquilibre significatif s'appuie sur un montage juridique ingénieux, parfaitement légal au regard des autres dispositions législatives, et notamment de la réglementation relative aux délais de paiement. Comme le note un auteur, c'est finalement une véritable stratégie de « *contournement législatif* »¹⁶⁷⁴ qui est sanctionnée par le biais de la dépendance économique, véritable « *'bonne à tout faire' du droit des pratiques restrictives* »¹⁶⁷⁵. Ce sont en revanche systématiquement les modalités de paiement des ristournes annuelles qui sont sanctionnées. Jamais les juges consulaires ne s'intéressent au montant de ces dernières¹⁶⁷⁶. En l'état actuel du droit, les craintes de voir l'article L. 442-6, 2° introduire un contrôle de la lésion en droit de la distribution, paraissent dont – pour l'heure en tout cas – pouvoir être apaisées¹⁶⁷⁷. À l'instar du droit de la consommation¹⁶⁷⁸, le déséquilibre entre professionnels semble avant tout juridique et non financier.

1672 L'abus proviendrait dès lors du pouvoir unilatéral que l'absence de clause de modification des acomptes donnerait au distributeur de consentir ou non de telles diminutions (en ce sens, v. M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° , du Code de commerce », note sous T. com Lille, 6 janvier 2010, *RDC*, 2010, 33, p. 928).

1673 T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Min. Éco. c/ Provera France.

1674 M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° , du Code de commerce », note sous T. com Lille, 6 janvier 2010, *RDC*, 2010, 33, p. 928.

1675 Ibid.

1676 Il est vrai que les assignations délivrées à l'initiative du ministère ne les invitaient pas à le faire.

1677 Sur les rapports entre l'article L. 442-6, 2° du Code de commerce et le concept de lésion, v. F. Buy, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I 2° du Code de commerce », *LPA*, 2008, no 252, p. 3 ; M. Behar-Touchais, « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment dans la grande distribution », *Rev. Lamy conc.*, 2008, no 17, p. 45 ; M. Chagny, « Une révolution du droit français de la concurrence. À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, 2008, I, 196 ; M. Pichon de Bury et C. Minet, « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6-I-1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME », *Contrats, conc. consom.*, 2008, no 12, p. 13.

1678 V. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2e éd., Dalloz, 2010, n° 260 et s.

2. *L'imposition du moyen de paiement*

791. Outre le moment du paiement, la jurisprudence sanctionne encore l'imposition par un réseau de distribution du mode de paiement. Dans la décision du tribunal de commerce de Lille¹⁶⁷⁹, Castorama est ainsi condamné pour avoir obligé ses fournisseurs à utiliser le virement bancaire comme moyen de paiement des acomptes mensuels. La motivation est toutefois particulièrement prudente et pondérée. Plus que le recours au virement bancaire en lui-même, c'est davantage l'imposition et la non-réciprocité d'une telle clause qui est fustigée par le tribunal. Celui-ci estime que « *ce choix n'a pas fait l'objet de négociation avec [les] fournisseurs* »¹⁶⁸⁰, tandis que « *Castorama ne s'interdit pas le recours à d'autres moyens de paiement pour ses propres règlements* »¹⁶⁸¹. Les juges concluent enfin par l'axiome selon lequel « *le principe de réciprocité entre distributeur et fournisseur doit être recherché dans la négociation* »¹⁶⁸².

792. Cette décision peut être rapprochée d'un avis de la CEPC du 4 novembre 2010¹⁶⁸³ qui faisait référence à la notion de « couplage pur » pour récuser la pratique consistant à imposer aux fournisseurs référencés auprès de la centrale d'achat d'un distributeur, la signature d'une convention de services rendus relatifs à la centralisation de leurs paiements. Pour la commission, « *les prestations offertes sont distinctes des opérations d'achat des produits du fournisseur par le distributeur* »¹⁶⁸⁴ et ne peuvent donc pas être automatiquement liées à ces dernières. Cette notion de « couplage pur » n'est pas sans rappeler la formulation de l'article L. 122-1 du Code de la consommation qui prohibe la pratique des ventes liées, et aux termes duquel il est interdit de « *subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service* » par le consommateur. C'est la pratique inverse que vise la CEPC, c'est-à-dire la subordination à l'achat concomitant d'un service de l'achat d'un produit par le groupe de distributeur. Si le Code de la consommation envisage l'acheteur comme la partie faible au contrat, le droit des pratiques restrictives permet d'appréhender les situations opposées.

1679 T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama, *D.*, 2010, p. 1000, note J. Sénéchal, *RTD civ.*, 2010, 324, obs. Fages, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall, *RDLC*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny, *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais.

1680 Ibid.

1681 Ibid.

1682 Ibid.

1683 CPEC, 4 novembre 2010, Avis relatif à l'application de la LME à certaines relations fournisseurs/distributeurs, n° 10-15

1684 Ibid.

B. Les clauses déséquilibrées quant à la renégociation du contrat

793. **Retour de la thorie de l'imprévision ?** En dépit de l'absence de réception de la théorie de l'imprévision en droit positif¹⁶⁸⁵, la prise en compte de la dépendance des tiers vis-à-vis d'un réseau de distribution conduit parfois à envisager les possibilités de renégociation d'un contrat. Dès les premières applications de l'article L. 442-6, 2° du Code de commerce, certains se sont d'ailleurs demandé si le texte « *ne va pas servir aussi à régler le problème de l'imprévision, en invitant à considérer (au moins dans les contrats d'adhésion) que ne pas prévoir une clause de révision serait abusif* »¹⁶⁸⁶. Il est vrai que la question de la renégociation et de l'évolution dans le temps des contrats de distribution est loin d'être nouvelle. Sans remonter jusqu'aux fameux arrêts du 1^{er} décembre 1995 réglant le sort de l'indétermination du prix dans les contrats de pompiste¹⁶⁸⁷, il est possible de citer l'avis de la CEPC du 1^{er} juin 2011 qui lie de façon inédite les notions de dépendance économique et de révision pour imprévision. La commission y estime en effet que les pratiques « *consistant pour un fournisseur, d'un côté, à se prévaloir, sans en justifier, des dispositions de la force majeure pour s'exonérer de toute responsabilité en cas d'inexécution partielle ou de retard dans l'exécution de ses obligations contractuelles, de l'autre à exclure dans ses conditions générales d'achat l'insertion de clauses d'adaptation, d'indexation ou de hardship permettant la renégociation du contrat aux fins, notamment, d'un partage des surcoûts imputables à son inexécution totale ou partielle par ce fournisseur* »¹⁶⁸⁸ devraient tomber sous le coup de la sanction du déséquilibre significatif. Le tribunal de commerce de Lille semble partager en tout point cette analyse qu'il reprend à son compte dans la décision Castorama.

794. En l'espèce, le débat portait sur l'absence de possibilité de variation des acomptes mensuels exigés par Castorama au titre des ristournes de fin d'année. Le ministre de l'Économie estimait pour sa part que la fixité du montant des acomptes était susceptible d'entraîner un déséquilibre au détriment du fournisseur dans l'hypothèse où le volume de ses ventes au réseau serait inférieur aux prévisions¹⁶⁸⁹. Pour sa part, Casto-

1685 Parmi la très abondante littérature consacrée à la question, dont l'enjeu dépasse de loin le propos de ces développements, v. A. Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Thèse : Bordeaux, 1922 ; A. Louveau, *La théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Thèse : Rennes, 1920, n° 176 et s ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse : Dijon, L.G.D.J., 1989 ; R. Savatier, « La théorie de l'imprévision dans les contrats », in *Etudes de droit contemporain, Contribution française au IIIe et IVe Congrès internationaux de droit comparé*, 1959 ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, P.U.A.M., 1994.

1686 M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° , du Code de commerce », note sous T. com Lille, 6 janvier 2010, *RDC*, 2010, 33, p. 928.

1687 Ass. Plén., 1er décembre 1995, quatre arrêts, *D.*, 1996, p. 13, note Aynès, *JCP G*, 1996, II, 22565, note Ghestin, *Gaz. Pal.*, 1995, p. 626, note de Fontbressin, *RTD civ.*, 1996, p. 153, obs. Mestre

1688 CPEC, 1er juin 2011, Avis relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle, n° 11-06.

1689 « *Les accords commerciaux ne prévoient aucune clause de modification des montants des acomptes en cas de variation d'activité ; que cette absence peut entraîner en cours d'année un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur* » (T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama, *D.*, 2010, p. 1000,

rama plaidait qu'en dépit de l'absence de clause de révision, des ajustements à la baisse avaient bel et bien eu lieu à la demande des fournisseurs. Plus fondamentalement, le distributeur fustigeait l'idée d'un délit de « *déséquilibre significatif par omission* »¹⁶⁹⁰, estimant que la sanction de l'absence d'une clause reviendrait à autoriser « *l'immixtion du ministre de l'Économie dans les relations contractuelles* »¹⁶⁹¹.

795. Le Tribunal rejette cette argumentation, estimant que l'éventuel décalage entre les acomptes réclamés et le volume réel d'activité est susceptible de créer un « préjudice sérieux » pour le fournisseur, sur lequel pèserait la charge de la réclamation, le plaçant dès lors en situation de dépendance économique. Les juges consulaires concluent que l'absence de clause de révision « *contribue au déséquilibre significatif déjà constaté entre les droits et obligations des parties* »¹⁶⁹². La doctrine est pour partie relativement réservée à l'égard d'une telle sanction de l'absence d'une clause par le truchement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, estimant que « *quand il y a abus à ne pas prévoir une clause, le système juridique s'immisce bien dans la rédaction du contrat* »¹⁶⁹³.

II. UNE EXIGENCE ACCRUE DE LOYAUTÉ DANS LA RÉSILIATION DU CONTRAT

796. Deux types de clauses ont été épinglées par la jurisprudence concernant l'issue du contrat. Leur philosophie est cependant identique : ces stipulations contractuelles avaient pour but de conférer à la tête de réseau un pouvoir discrétionnaire de résiliation, lui laissant la possibilité de rompre à tout moment la convention, soit pour des raisons financières (A), soit pour des raisons techniques (B).

A. La résiliation unilatérale en cas de baisse du coût des produits

797. Le tribunal de commerce de Lille a eu l'occasion de s'interroger sur les pratiques mises en œuvre par le groupe Auchan dans le cadre de la fixation des tarifs

note J. Sénéchal, *RTD civ.*, 2010. 324, obs. Fages, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall, *RDLC*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny, *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey, *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais).

1690 Ibid.

1691 Ibid.

1692 Ibid.

1693 M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° , du Code de commerce », note sous T. com Lille, 6 janvier 2010, *RDC*, 2010, 33, p. 928.

Un autre auteur constate qu'« *il est d'usage que le juge se prononce sur la licéité d'une clause ou sur l'absence d'une clause imposée par la loi* » mais qu'« *il est beaucoup moins courant de voir le juge contester l'absence d'une clause que la liberté contractuelle permet d'insérer.* » (N. Mathey, note sous T.G.I. Lille, 6 janvier 2010, *Contrats, conc. consom.*, 2010, 33, p. 21)

de ses fournisseurs. Deux situations étaient envisagées par les conditions générales de vente. En cas de modification à la hausse des tarifs, le contrat imposait au fournisseur la justification de sa demande et l'obtention du consentement de la centrale d'achat. Par ailleurs, si la modification à la hausse du tarif du fournisseur était acceptée, celle-ci était différée à deux ou quatre mois¹⁶⁹⁴. À l'inverse, à supposer que la conjoncture économique pousse à la baisse le prix du produit vendu, le réseau de distribution se réservait la possibilité de dénoncer unilatéralement l'accord, contraignant de fait le fournisseur à renégocier ses tarifs à la baisse¹⁶⁹⁵. Le contrat prévoyait ainsi que « *Auchan estime que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou des prix des matières premières vaut dénonciation de l'accord commercial et obligation de renégociation* »¹⁶⁹⁶.

798. Absence de symétrie. La pratique est sanctionnée comme créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le tribunal insiste principalement sur l'absence de symétrie dans la rédaction de la clause, remarquant que « *cette révocation unilatérale cause une différence de traitement entre les parties selon qu'il s'agit de hausse ou de baisse de tarifs et donc un déséquilibre significatif* »¹⁶⁹⁷. Cette « dénonciation » automatique ou, en d'autres termes, cette résiliation de plein droit imposée au fournisseur pour des facteurs indépendants de sa volonté peut par ailleurs surprendre par elle-même. Certes, la clause comporte une obligation de renégociation, si bien que son application n'est pas censée emporter systématiquement déréfèrement du fournisseur. Cette issue ne peut toutefois être exclue dans l'hypothèse où les (re)négociations devraient ne pas aboutir. La validité d'un tel procédé pourrait alors probablement être utilement contestée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° en tant qu'aboutissant à une rupture brutale des relations commerciales¹⁶⁹⁸. Plus encore, le ministre de l'Économie, rejoint sur ce point par les juges, critiquait le pouvoir discrétionnaire laissé à l'acquéreur quant aux causes légitimant une hausse des tarifs du fournisseur, « *laissé[s] à la seule appréciation d'Eurochan* »¹⁶⁹⁹.

B. La résiliation unilatérale en cas de « sous-performance » du produit

799. Résiliation discrétionnaire. Le tribunal de commerce de Meaux a également eu l'occasion de sanctionner la trop grande latitude laissée à un réseau de distribution dans l'appréciation des causes de résiliation de plein droit des conventions d'achat le liant à ses fournisseurs. C'est ainsi que, s'agissant du contrat proposé par Provera,

1694 T. com. Lille, 7 septembre 2011, Min. Éco. c/ Auchan, *JCP E*, 2011, 1701, note Chantepie, *Contrats, conc. consom.*, 2011, comm. 234, obs. Mathey.

1695 Ibid.

1696 Ibid.

1697 Ibid.

1698 Sur cette notion, v. n° 419 et s.

1699 T. com. Lille, 7 septembre 2011, Min. Éco. c/ Auchan, *JCP E*, 2011, 1701, note Chantepie, *Contrats, conc. consom.*, 2011, comm. 234, obs. Mathey.

les juges consulaires questionnent la validité d'une clause permettant la résiliation de plein droit de la convention en cas de manquement à n'importe quelle obligation contractuelle. Plus précisément, deux problèmes étaient soulevés : d'une part, la clause ne donnait pas une liste limitative des obligations considérées par les parties comme essentielles et justifiant la résiliation de plein droit ; d'autre part, cette énumération non exhaustive prévoyait la possibilité d'une résiliation de plein droit en cas de « sous-performance » du produit. Ce sont finalement ces deux pratiques qui sont sanctionnées.

800. Pour le tribunal de commerce de Meaux, une clause permettant la résolution de plein droit du contrat ne saurait s'appliquer indifféremment à toutes les obligations issues de cette convention. La juridiction consulaire pose en axiome qu'« *une telle résiliation intervenant en dehors de tout débat judiciaire ne pourrait résulter que d'un manquement grave* »¹⁷⁰⁰. En l'espèce, l'insertion de l'adverbe « notamment » impliquait nécessairement que la liste des comportements visés par la clause n'était pas exhaustive, si bien que la résolution pouvait être encourue pour d'autres manquements, non visés par les parties.

801. Pis encore, parmi les manquements susceptibles de justifier la résiliation de la convention, l'hypothèse d'une « sous-performance » du produit retient l'attention du tribunal. Après avoir relevé que la performance d'un produit, c'est-à-dire le volume de ses ventes, est « *directement fonction des conditions dans lesquelles le distributeur présente à la vente* »¹⁷⁰¹, la décision estime qu'un tel facteur ne peut justifier la résolution du contrat. La clause est ainsi qualifiée de « potestative ». Quoique le terme puisse paraître impropre à qualifier une telle situation¹⁷⁰², on perçoit aisément que les juges fustigent le caractère unilatéral, sans contrepartie et discrétionnaire de la mise en œuvre d'une telle clause.



802. L'encadrement des relations entre le réseau et les tiers fait apparaître des problématiques similaires à la régulation des relations entre les parties. Le parallélisme est frappant s'agissant de la multiplicité des comportements susceptibles d'être incriminés. L'enjeu n'est toutefois pas le même. Si entre les parties, l'ambition du droit de la concurrence est principalement de sauvegarder la liberté économique du franchisé, la protection de l'équilibre du marché et du consommateur est ici plus présente. L'expression de « bonne à tout faire » du droit de la concurrence pour qualifier l'article L. 442-6 du Code de commerce semble plus que jamais méritée, le texte parvenant avec un certain succès à appréhender des situations fort différentes, pour préserver des objectifs

1700 T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Min. Éco. c/ Provera France.

1701 Ibid.

1702 La clause ne semble pas abusive « en ce qu'elle dépend de la volonté d'une personne », mais bien davantage du pouvoir quasi discrétionnaire qu'elle confère au distributeur.

également distincts. Face à une telle souplesse, il est vrai que le mécanisme plus classique de l'abus de dépendance économique envisagé par l'article L. 420-2 passe pour difficile à mettre en œuvre et est relégué à un rôle plus que marginal.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

803. Rôle mineur des pratiques anticoncurrentielles. Indéniablement, la lutte contre la dépendance économique des tiers à l'égard du réseau passe aujourd'hui par la notion de déséquilibre significatif, et non pas celle d'abus de dépendance économique, telle que formulée par l'article L. 420-2. Ce texte, issu du droit des pratiques anticoncurrentielles, et qui ne connaît pas d'équivalent européen, demeure d'un intérêt mineur. Pourtant, le législateur n'a pas ménagé ses efforts pour tenter de le rendre plus attrayant et efficient, supprimant – au moins formellement – l'exigence de l'absence d'alternative. En vérité, le droit des pratiques restrictives de concurrence paraît bien mieux armé et bien plus souple pour lutter contre des pratiques d'asservissement dont les formes sont on ne peu plus diverses.

804. Lutte contre les clauses abusives entre professionnels. Ainsi, et pareillement à ce que nous avons observé dans les relations entre les parties, le droit des pratiques restrictives de concurrence fait, avec succès, office de fantassin pour lutter contre les pratiques que l'artillerie lourde déployée par le droit des pratiques anticoncurrentielles ne peut atteindre. Cet enthousiasme doit cependant être tempéré au regard de la relative jeunesse du texte et du faible corpus jurisprudentiel à disposition aujourd'hui. Deux avatars sont susceptibles d'entraver l'efficacité de l'article L. 442-6, I, 2°. D'une part, le regroupement du contentieux auprès de neuf tribunaux de grande instance paraît de nature à juguler le contentieux. Sans doute la diffusion des principes portés par le texte sera moins rapide de la sorte que si celui-ci était appliqué, sans restrictions, par les tribunaux civils et consulaires de l'ensemble de l'hexagone. D'autre part, la largeur de l'incrimination amènera probablement, à court ou moyen terme, à des précisions jurisprudentielles, qui ne pourront que réduire le champ d'application du texte ; lequel a, à l'heure actuelle, de quoi donner le vertige. Le droit de la consommation a nécessairement vocation à servir ici de modèle afin de façonner un standard et les critères jurisprudentiels de ce qu'il est désormais convenu d'appeler les « clauses abusives » entre professionnels¹⁷⁰³.

1703 En ce sens notamment C. Grimaldi et N. Dorandeu, « Les clauses abusives en droit de la distribution », in *Les clauses abusives : approches croisées franco-espagnoles* : Colloque Perpignan, 2012.

Conclusion du Titre II

805. Lacunes du droit de la concurrence. Les lacunes de la régulation des relations entre les réseaux de franchises et les tiers tiennent moins aux spécificités des premiers qu'aux imperfections structurelles du droit de la concurrence. En effet, à l'inverse de ce que l'on peut observer s'agissant de la revente parallèle, tant le droit des pratiques anticoncurrentielles que le droit des pratiques restrictives de concurrence n'ont aucun mal à saisir le réseau dans sa globalité en tant que sujet de droit. Au reste, s'agissant des relations avec les fournisseurs, c'est souvent la tête de réseau, voire la centrale d'achat qu'elle contrôle qui est le réel sujet du droit de la concurrence. Celle-ci concentre cependant, sur sa seule personne juridique, le pouvoir économique de l'ensemble du réseau. L'appréhension juridique du réseau de franchise ne pose donc en l'espèce pas de difficulté majeure.

806. Nécessité de renforcer le contrôle ex post. L'efficacité du droit de la concurrence n'est pas pour autant optimale, à raison de lacunes plus générales. Ainsi, en matière de position dominante, on ne peut que s'associer au constat de l'Autorité de la concurrence qui déplore les effets néfastes d'une position dominante régulièrement acquise sur un marché difficilement contestable, y compris en l'absence d'abus de la part de l'entreprise en situation de monopole ou de quasi-monopole. Ce qui échappe au contrôle des concentrations ex ante est difficilement saisi ex post par le droit de l'abus de domination à raison du rôle fondamental du critère du « *as if* ». Dans un exemple tel que celui de la grande distribution alimentaire à Paris, on ne peut que constater le manque de moyens des autorités de la concurrence pour juguler une situation dont peu contestent le caractère préjudiciable à la concurrence et au marché. Sans aller jusqu'à « *punir les gagnants ou à protéger les perdants* »¹⁷⁰⁴ du jeu de la concurrence, le renforcement des mécanismes de contrôle ex post de la domination apparaît indispensable.

807. Panser les plaies à défaut de s'attaquer à la racine du mal. Ce contrôle a posteriori est rendu d'autant plus nécessaire que le réseau apparaît bien souvent comme

1704 C. Shapiro et H. R. Varian, *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999.

une ressource rare et difficilement reproductible, à l'instar de ce que l'on observe dans le cadre de la théorie dite des infrastructures essentielles. Bien souvent, à raison de l'investissement humain et financier ainsi que des contraintes juridiques inhérentes à la formation d'un réseau de franchise, il est irréaliste d'imaginer qu'un marché détenu par un réseau de franchise structuré est réellement contestable. Là encore, le marché parisien de la grande distribution alimentaire peut être cité en exemple. Au vu du peu d'emplacements disponibles et des contraintes juridiques d'urbanisme commercial, est-il réaliste d'imaginer qu'un concurrent puisse réellement renverser le quasi-monopole actuellement détenu par le groupe Casino ? En l'absence de toute intervention, ceci semble relever de l'illusion. Faute de pouvoir soigner le mal à la racine, des outils efficaces sont tout de même disponibles pour en juguler les effets principaux. Ainsi, et dans la mesure où le réseau en position dominante devient un partenaire obligatoire pour l'ensemble de ses fournisseurs, la lutte contre l'état de dépendance économique devient une priorité. Tandis que l'incrimination posée par l'article L. 420-2, alinéa 2 semble peiner à remplir cet objectif, le droit des pratiques restrictives se montre être un mécanisme curatif efficace. Il reste toutefois à espérer que la jurisprudence ne cantonne pas ce texte à un rôle de variable d'ajustement. Si les assignations Novelli ont permis de dissiper les premières craintes et ont montré les potentialités du texte, il reste trop tôt pour réaliser un véritable bilan.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

808. Approche double. Dans les rapports entre les parties, la préservation de la liberté économique du franchisé peut servir de grille de lecture à la majeure partie des règles de droit de la concurrence influant sur le contrat de franchise. Une vision aussi monolithique ne peut être utilisée dans l'étude de l'influence du droit de la concurrence sur les rapports entre le réseau et les tiers. En effet, le réseau de franchise est alors susceptible d'être tant le bourreau que la victime ; ce dernier rôle ne lui étant que fort rarement reconnu dans les rapports franchiseur/franchisé. L'interrogation se dédouble alors : à la question de savoir si la protection des tiers contre les éventuels comportements anticontractuels du réseau est satisfaisante, s'ajoute celle de la pertinence de la lutte contre les abus de concurrence des tiers au préjudice du réseau.

809. Efforts pour la protection des tiers. À ces deux interrogations, il est impossible d'apporter une réponse unique. S'agissant de la protection des tiers contre la puissance du réseau, sa régulation par le droit de la concurrence est le fruit de longs efforts. Les rapports entre la grande distribution, ses fournisseurs et concurrents sont symptomatiques de ces difficultés. La puissance économique et l'effet de masse qu'induit le regroupement de commerçants indépendants impliquent quasi automatiquement un rapport de dépendance. La mise en place d'un réseau de franchise agit ainsi comme un puissant levier qui permet au réseau de détenir fort rapidement un pouvoir de marché important qu'une entreprise classique ne pourrait détenir qu'au prix d'années d'effort. De même, certains secteurs rendent l'exercice sous forme de réseau de franchisé indispensable, ce qui induit mécaniquement un effet de verrouillage du marché. Le réseau de franchise apparaît ainsi comme une ressource rare et difficilement reproductible, de

nature à rendre bien plus difficilement contestable une éventuelle position dominante. Face à ces enjeux, les réponses du droit de la concurrence sont multiples, empiriques et souvent décevantes. C'est ainsi que les infractions d'abus de position dominante ou d'abus de dépendance économique ne permettent qu'imparfaitement de lutter contre les situations qu'elles dénoncent. Ces lacunes tiennent cependant moins aux spécificités du réseau de franchise qu'à des problèmes plus généraux tenant principalement aux conditions de mise en œuvre de ces textes. Si les concurrents du réseau ne sont que partiellement protégés contre les éventuels abus du réseau, ils le sont au moins aussi bien que les concurrents d'une entreprise « classique ».

810. Désintérêt pour la protection du réseau. On ne peut pas en dire autant de la protection du réseau de franchise dont les lacunes tiennent principalement, voire exclusivement, à la spécificité de cette organisation. S'agissant des problématiques classiques, tombant sous le coup de l'action en concurrence déloyale, il est possible d'estimer que l'organisation sous forme de franchise est relativement indifférente sur le fond. La protection contre d'éventuels actes de confusion, dénigrement ou désorganisation ne varie pas selon que la victime est un commerçant individuel ou un réseau de franchise dans son ensemble. Cette indifférence du droit de la concurrence déloyale aux spécificités réseau montre cependant ses limites, notamment quant à la problématique du ou des titulaires de l'action. Qui, du franchiseur ou du franchisé, est susceptible de défendre la communauté d'intérêts que représente le réseau ? Faute de réflexion globale sur la question, les réponses divergent au gré de l'appréciation des juges du fond et des règles invoquées. À notre sens, un mécanisme inspiré du droit des sociétés pourrait voir le jour, conférant l'initiative de principe au franchiseur, mais réservant la possibilité pour les franchisés de pallier l'éventuelle inaction de celui-ci.

811. Les lacunes du droit de la concurrence dans la protection du réseau sont plus criantes encore lorsque l'on s'intéresse au problème de la revente parallèle, principalement dans les franchises dites de production. Faute de bénéficier d'un réel mécanisme d'opposabilité, le réseau est réduit à être protégé tel un bien sans doute assimilable, en l'état du droit positif, à la clientèle du franchiseur. Dès lors, à défaut d'opposabilité du réseau aux tiers, il est impossible de faire peser sur le revendeur parallèle une véritable présomption de faute qui conduirait à considérer que la simple commercialisation de produits soumis à exclusivité sans se plier aux contraintes imposées par la tête de réseau pour la distribution de telles marchandises est fautive. Ce faisant, c'est cette fois le principe de libre circulation des marchandises qui prime la protection du réseau. Il serait cependant aisé de parvenir à une solution différente, notamment par l'instauration d'un système de publicité des réseaux de distribution. Cette publicité permettrait de faire présumer – pourquoi pas de façon irréfragable – la mauvaise foi du tiers portant atteinte au réseau.

CONCLUSION

812. Droit spécial du contrat de franchise. Au fil de nos développements introductifs à cette étude, la question de savoir s'il existe un véritable droit spécial du contrat de franchise avait été posée. Nous y avons répondu par la négative, dans la mesure où il n'existe, ni dans le Code civil, pas plus que dans le Code de commerce, ni même dans un texte législatif non codifié, de corpus de règles spécifiques au contrat de franchise¹⁷⁰⁵. Parvenus au terme de notre analyse, cette assertion mérite probablement d'être pondérée. S'il existe un corps de règles spécifiques au contrat de franchise, ce n'est pas dans le droit des obligations ou dans le droit commercial qu'il faut le chercher, mais bien dans le droit de la concurrence. Tout se passe comme si l'ordre public économique faisait office de droit spécial du contrat de franchise, dont il influence depuis la conclusion jusqu'à l'exécution et à la rupture¹⁷⁰⁶.

813. Lutte contre l'effet cumulatif. L'influence du droit de la concurrence sur le contrat de franchise est donc déterminante. Si la franchise modifie la structure de la concurrence, le droit de la concurrence modifie pour sa part largement le contenu du contrat de franchise. L'idée directrice permettant de résumer l'incidence du droit de la concurrence sur le contrat de franchise n'est rien d'autre que la lutte contre l'effet cumulatif induit par l'existence du réseau. L'indépendance juridique du franchisé est fréquemment invoquée, presque à titre incantatoire, par le droit de la concurrence. Paradoxalement, le droit de la concurrence n'en tire que rarement les conséquences

1705 Cette question a été abordée dès nos propos introductifs, supra, n° 21.

1706 Pour un constat similaire, v. L. Vogel, « La dimension communautaire : vers un régime commun du contrat de distribution ? », *JCP G*, 1997, p. 522.

positives. Les réseaux de franchise posent ainsi un problème méthodologique capital au droit de la concurrence, dont l'ensemble des constructions reposent sur le paradigme selon lequel l'entreprise est le sujet de droit originel des règles de concurrence¹⁷⁰⁷. Or, regroupement d'entreprises juridiquement indépendantes, le réseau n'est-il pas – lui-même – également une entreprise, distincte de celles qui le composent. Telle est finalement la crainte du droit de la concurrence : que l'intégration du franchisé au sein du réseau soit si forte qu'elle en annihile son indépendance. Une telle situation reviendrait, sur le plan des relations entre les membres du réseau, à supprimer toute concurrence interne et, vis-à-vis des tiers, et à accentuer considérablement le pouvoir de marché du réseau sur les tiers, concurrents et partenaires commerciaux, le réseau de franchise se comportant alors « comme un seul homme ». Telles furent les deux grandes orientations de notre étude.

814. Moins de réseau entre les parties. Entre les parties, le droit de la concurrence a donc pour leitmotiv autonomie et indépendance. En somme, le droit de la concurrence répète inlassablement aux parties : « moins de réseau, plus de liberté, davantage de concurrence intraréseau ». Lorsque les effets du réseau se font trop présents, le droit de la concurrence agit comme une corde de rappel, remémorant aux parties leur indépendance de principe. Cette idée irrigue l'ensemble des solutions dégagées dans les rapports entre franchisé et franchiseur. Que le contrat de franchise permette au franchiseur une emprise trop grande sur son franchisé et celui-ci sera susceptible d'être qualifié d'opération de concentration. Sans doute le droit des pratiques restrictives de concurrence viendra-t-il éradiquer les clauses les plus emblématiques de cette trop grande influence, qu'il considérera comme significativement déséquilibrées. Le droit des ententes ne sera pas en reste et autorisera la requalification du contrat inféodant le franchisé en une entente prohibée. Le réseau de franchise n'est donc toléré par le droit de la concurrence que s'il sauvegarde la singularité de chacun de ses membres. Ce paradigme, protecteur de la liberté du commerce et de l'industrie, est cohérent avec les principes inhérents à une société libérale.

815. Trop de réseau à l'égard des tiers. Cette idée directrice permet-elle toutefois de rendre fidèlement compte des solutions dégagées par le droit de la concurrence dans les rapports du réseau avec les tiers ? Pour être licite, le réseau de franchise doit préserver l'indépendance de ses membres et minimiser tout effet cumulatif. Cependant, et d'une façon assez surprenante, dans ses rapports avec les tiers, le droit de la concurrence n'a aucune peine à considérer le réseau comme une entité unique, faisant fi de l'indépendance de ses membres pourtant érigée, entre les parties, en condition sine qua non de son existence. Abus de position dominante, abus de dépendance économique, déséquilibre significatif sont autant d'infractions issues du droit de la concurrence susceptibles d'être opposées au réseau qui viendrait à abuser de son pouvoir de marché vis-à-vis des tiers. Il ne faut alors pas craindre la schizophrénie pour appréhender ce

1707 Pour quelques illustrations du rôle central de cette notion, v. en matière de contrôle des concentrations n° 49 et s ; en matière d'ententes n° 120 et s. ou en matière de position dominante n° 668 et s.

corps de règles qui, selon les circonstances, considère le réseau de franchise comme une pluralité d'entités indépendante, ou comme une unité indissociable.

816. On pourrait se réjouir de cette plasticité du droit de la concurrence, qui aboutit à une prise en compte globale du réseau, si elle n'était à sens unique. En effet, lorsqu'il s'agit, cette fois, de protéger le réseau du comportement des tiers, notamment en matière de revente parallèle, le manque de consistance juridique du réseau revient dans le débat pour faire obstacle à sa réelle opposabilité. Voilà que le réseau est alors insuffisamment unitaire et ses membres incomplètement intégrés pour être protégés de façon satisfaisante. Par analogie avec le droit de la famille, c'est donc une règle inverse à l'adage *infans conceptus* qu'a développé le droit de la concurrence à l'égard du contrat de franchise. Les effets cumulatifs de ce contrat ne sont pris en compte par le droit de la concurrence qu'au détriment du réseau : le réseau de franchise n'existe, aux yeux du droit de la concurrence, que toutes les fois où cela peut lui porter tort. Sa consistance juridique et économique n'est à l'inverse que très rarement reconnue dans son intérêt. Une réserve doit néanmoins être faite à cette sentence peut-être exagérément critique. L'intérêt du réseau, en tant qu'ensemble unitaire, est parfois pris en compte par le droit de la concurrence, notamment dans le cadre de l'appréciation de la validité des clauses de non-concurrence postcontractuelles. Leur légitimité tire sa source de la protection du savoir-faire transmis et donc du réseau. C'est, au reste, la protection du réseau qui justifie l'atteinte faite au franchisé – atteinte qui porte non seulement à sa liberté économique, mais qui est encore davantage de nature patrimoniale. Cette singulière prise en compte du réseau nous paraît cependant, pour l'occasion, être excessive et critiquable dans la mesure où elle justifie une intolérable atteinte aux libertés individuelles du franchisé.

817. Cette double influence du droit de la concurrence sur le contrat de franchise, tiraillé entre deux objectifs antagonistes, pour ne pas être en soi critiquable, mériterait toutefois à notre sens d'être parfois nuancée. Le droit de la concurrence laisserait ainsi place à une plus grande intégration du franchisé au sein du réseau, tout en tirant les conséquences positives de cette intégration vis-à-vis des tiers. L'approche de ce contrat par le droit de la concurrence gagnerait ainsi probablement en cohérence et en lisibilité, sans pour autant perdre de vue son objectif premier de préservation de la liberté du commerce et de l'industrie. Dès lors, et au risque de paraître exagérément schématique voire cahotique, il nous paraît possible de résumer les principaux apports de notre étude en dix propositions, ci-après énoncées :

- 1° En tant que commerçants indépendants, franchiseur et franchisés ont chacun une clientèle, distincte l'une de l'autre. Les clients finals constituent la clientèle du franchisé, les franchisés étant eux-mêmes la clientèle du franchiseur ;
- 2° Le réseau n'est autre que la matérialisation juridique de la clientèle du franchiseur : il s'agit de l'ensemble des contrats liant un commerçant, le franchiseur, à ses clients, les franchisés ;

- 3° La conclusion d'un contrat de franchise n'implique, per se, aucune influence déterminante du franchiseur sur l'entreprise franchisée au sens du droit des concentrations ;
- 4° Le principe de la libre fixation des prix de revente par les franchisés, s'il est le corollaire de leur indépendance juridique mériterait toutefois d'être assoupli en droit interne, tant il paraît difficile à mettre en œuvre et peu efficient, notamment dans les franchises de production ;
- 5° De même, le mécanisme de libéralisation de la distribution en ligne et l'impossibilité pour le franchiseur de se réserver ce canal de distribution nous semblent susceptibles de remettre en cause le savoir-faire de certains réseaux, tout en brouillant la lisibilité de la concurrence interréseau ;
- 6° La reconnaissance du réseau par le droit interne passe en outre par l'affirmation claire de l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit pesant sur le franchisé pendant l'exécution du contrat ;
- 7° S'agissant des clauses de non-concurrence post-contractuelles, leur validité devrait passer par un examen plus approfondi du critère de proportionnalité, apprécié à la lueur de l'atteinte aux intérêts du franchisé. Aussi, une clause restrictive de concurrence aboutissant à priver le franchisé de son fonds de commerce nous semble devoir purement et simplement être déclarée nulle. Les (rares) autres clauses n'aboutissant pas à ce résultat nous semblent en revanche devoir être validées, sans qu'une contrepartie financière puisse être exigée ;
- 8° Une meilleure opposabilité du réseau dans ses relations avec ses concurrents nous semble par ailleurs nécessiter l'élaboration d'un mécanisme de publicité, que le Registre du commerce et des sociétés nous paraît à même d'assurer : la mention de l'éventuelle appartenance à un réseau de franchise, dont les principales caractéristiques seraient précisées, pourrait être exigée de chaque commerçant ;
- 9° La connaissance du réseau par les tiers pourrait ainsi être présumée, si bien que l'atteinte au réseau serait aisée à sanctionner per se, notamment s'agissant de la revente parallèle ;
- 10° Le contrôle ex-post des positions dominantes, même régulièrement acquises, mériterait enfin d'être renforcé, en matière de réseaux de franchise plus qu'ailleurs, dans la mesure où le réseau apparaît bien souvent comme une ressource rare et à tout le moins difficilement reproductible ce qui rend très illusoire la théorie des marchés contestables.

818. En dépit de leur allure d'inventaire à la Prévert, ces dix propositions nous paraissent de nature à renforcer la cohérence juridique de l'appréhension du contrat de franchise par le droit de la concurrence, dont le caractère empirique et pragmatique nuit nécessairement à l'homogénéité d'ensemble. Sans doute mériteraient-elles d'être confortées, notamment par l'étude de l'interaction entre le droit de la concurrence et d'autres formes de contrats de distribution. En prémices à cette étude, nous nous étions demandé s'il n'était pas vain de tenter de trouver une cohérence entre le raisonnement mené par les instances européennes statuant sur un projet de fusion entre deux

réseaux de franchise d'envergure internationale et le juge de tel tribunal de commerce statuant sur un litige de concurrence déloyale. À dire vrai, et peut-être de façon contre-intuitive, la rupture intellectuelle, la discontinuité d'épistémè¹⁷⁰⁸, n'est pas à chercher entre « grand » et « petit »¹⁷⁰⁹ droit de la concurrence, mais plutôt selon que le juriste place son regard à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau de franchise. Une démarche plus cohérente nous semblerait devoir partir du postulat que l'appréhension d'un même objet juridique ne peut différer selon le point de vue duquel il est observé. Le débat pourrait alors rapidement dériver sur la proximité d'une telle approche avec une forme d'holisme ontologique, appliqué – une fois n'est pas coutume – au réseau de franchise. Et l'on pourrait rapidement se prendre à rêver que franchiseurs et franchisés fassent leur les commandements du stoïcien Marc Aurèle pour lequel « *il faut d'abord admettre que je suis partie du Tout que régit la nature ; puis, que je suis en quelque sorte apparenté aux parties qui me sont semblables. Si je me souviens, en effet, de ces constatations, en tant que je suis partie, je ne m'indisposerai contre rien de ce que le Tout m'attribue, car la partie ne saurait être lésée par rien de ce qui est profitable au Tout, et il n'y a rien dans le Tout qui ne contribue au bien de l'ensemble* »¹⁷¹⁰.

1708 Le concept, qui désigne schématiquement une façon contingente de penser, de se représenter le monde, a été forgé par Michel Foucault (v. notamment M. Foucault, *Les mots et les choses*, 1966 et plus encore M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, 1968)

1709 Sur ces expressions, v. supra, n° 30.

1710 Marc Aurèle, *Pensées pour moi-même*, Livre X, VI.



BIBLIOGRAPHIE

A. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

ARCELIN-LECUYER, L.

- *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, Presses universitaires de Rennes, 2009.

AUGUET, Y.

- *Droit de la concurrence*, Elipses, 2002.

AUGUET, Y. ; DORANDEU, N. ; GOMY, M. ; ET AL.

- *Droit de la consommation*, Ellipses, 2008.

AZÉMA, J.

- *Le droit français de la concurrence*, 2e éd., P.U.F., 1989.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET BARDE, L.

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, 1908.

BEHAR-TOUCHAIS, M. ET VIRASSAMY, G.

- *Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999.

BENABENT, A.

- *Les obligations*, 13e éd., Montchrestien, 2012.

BENSOUSSAN, H.

- *Le droit de la franchise*, Apogée, 1999.

-
- BERTRAND, A.**
– *Le droit français de la concurrence déloyale*, Cedat, 1998.
- BESSIS, P.**
– *Le contrat de franchisage*, L.G.D.J., 1990.
- BLAISE, J.-B.**
– *Droit des affaires*, 6e éd., L.G.D.J., 2011.
- BOUT, R. ; BRUSCHI, M. ; LUBY, M. ; ET AL.**
– *Lamy droit économique*, Wolters Kluwer, 2014.
- BOUTARD-LABARDE, M.-C. ET CANIVET, G.**
– *Droit français de la concurrence*, L.G.D.J., 1998.
- BRUN, A. ET GALLAND, H.**
– *Droit du travail*, Tome 1, Sirey, 1978.
- BURST, J.-J.**
– *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993.
- BURST, J.-J. ; AZÉMA, J. ; GALLOUX, J.-C. ; ET AL.**
– *Droit de la propriété industrielle*, 7e éd., Dalloz, 2012.
- BURST, J.-J. ET KOVAR, R.**
– *Droit de la concurrence*, Economica, 1981.
- CABRAL, L. M. B.**
– *Introducing to Industrial Organization*, The MIT Press, 2000.
- CARBONNIER, J.**
– *Droit civil, Les biens*, 19e éd., Tome 3, P.U.F., 2000.
– *Droit civil, Les obligations*, 22e éd., Tome 4, P.U.F., 2000.
– *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., L.G.D.J., 2001.
- CHAPUT, Y.**
– *Droit de la concurrence*, P.U.F., 1988.
- CHEVALIER, J.-M.**
– *L'économie industrielle des stratégies d'entreprises*, 2e éd., Montchrestien, 2000.
- CLÉMENT, B.**
– *La libre concurrence*, P.U.F., 1977.
- COLLART DUTILLEUL, F. ET DELEBECQUE, P.**
– *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011.
- CORNU, G.**
– *Vocabulaire juridique*, 9e éd., P.U.F., 2011.
- DECOCQ, A. ET DECOCQ, G.**
– *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5e éd., L.G.D.J., 2012.
– *Droit européen des affaires*, 2e éd., L.G.D.J., 2010.

DEMOLOMBE, C.

- *Cours de Code Napoléon*, T. IX, 1870.

DESBOIS, H.

- *Le Droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz, 1978.

DOMAT, J.

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689.

ESCARRA, J. ; ESCARRA, E. ET RAULT, J.

- *Principes de droit commercial*, Tome 1, Sirey, 1934.

FABRE, R.

- *Guide juridique et pratique des achats*, Litec, 2002.

FABRE-MAGNAN, M.

- *Les obligations*, 3e éd., P.U.F., 2012.

FERRIER, D.

- *Droit de la distribution*, 6 éd., Litec, 2012.

FLOUR, J. ; AUBERT, J.-L. ET SAVAUX, E.

- *Les obligations : l'acte juridique*, 15e éd., Tome 1, Sirey, 2012.

FRISON-ROCHE, M.-A. ET PAYET, M.-S.

- *Droit de la concurrence*, 2006.

GAUDEMET, E.

- *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004.

GAVALDA, C. ET PARLEANI, G.

- *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6e éd, Litec, 2010.

GHESTIN, J.

- *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 4e éd., L.G.D.J., 2013.

GHESTIN, J. ; JAMIN, C. ET BILLIAU, M.

- *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Tome 5, L.G.D.J., 2001.

GRIMALDI, C. ; MÉRESSE, S. ET ZAKHAROVA-RENAUD, O.

- *Droit de la franchise*, Litec, 2010.

GUYENOT, J.

- *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968.

JOSSERAND, L.

- *De l'esprit des lois et de leur relativité*, (fac-similé de la 2e édition : Dalloz, 1939, préf. David Deroussin), Dalloz, 2006.

KAHN, M.

- *Franchise et partenariat*, 5e éd., Dunod, 2009.

KANT, E.

- *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*.

KENFACK, H ; ET PÉDAMON, M.

- *Droit commercial*, 3e éd, Dalloz, 2011.

KREIS, A.

- *La transmission de know-how entre entreprises industrielles*, Litec, 1987.

LE TOURNEAU, P.

- *Le parasitisme. Notion, prévention, protections*, Litec, 1998.
- *Les contrats de franchisage*, 2e éd., Litec, 2007.

LE TOURNEAU, P. ; BLOCH, C. ; GUETTIER, C. ; ET AL.

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9e éd, 2013.

LECOURT, A.

- *La concurrence déloyale*, L'Harmattan, 2004.

LELOUP, J.-M.

- *La franchise, droit et pratique*, 4e éd., Delmas, 2004.
- *Les agents commerciaux. Statuts juridiques. Stratégies professionnelles*, 6e éd., Delmas, 2005.

LITTRÉ, E.

- *Dictionnaire de la langue française*, Encyclopedia Britannica Inc., 1994.

LOYSEL, A.

- *Institutes coutumières*, 1846.

LUCAS, A. ET LUCAS, J.-H.

- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., Litec, 2012.

LUCAS DE LEYSSAC, C. ET PARLÉANI, G.

- *Droit du marché*, P.U.F., 2002.

MAINGUY, D. ; RESPAUD, J.-L. ET DEPINCÉ, M.

- *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.

MALAURIE, P. ET AYNÈS, L.

- *Les contrats spéciaux*, 6e éd., L.G.D.J., 2012.

MALAURIE, P. ; AYNÈS, L. ET STOFFEL-MUNCK, P.

- *Les obligations*, 6e éd., L.G.D.J., 2013.

MALAURIE-VIGNAL, M.

- *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5e éd., Sirey, 2011.
- *Droit de la distribution*, 2e éd., Sirey, 2012.
- *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2003.

MALINVAUD, P.

- *Droit des obligations*, 12e éd., Litec, 2012.

MARTIN, M.

- *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

MAZEAUD, A.

- *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, 2012.

MAZEAUD, D. ET TUNC, A.

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., Montchrestien, 1965.

MAZEAUD, H. ; MAZEAUD, L. ; MAZEAUD, J. ; ET AL.

- *Leçons de droit civil*, 8^e éd., T. 2, vol. 1, Obligations, théorie générale, 1991.

ORTOLAN, J.

- *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 2^e éd., 1840.

PACHÉ, G. ET PARAPONARIS, C.

- *L'entreprise en réseau*, P.U.F., 1993.

PASSA, J.

- *Droit de la propriété industrielle*, 2^e éd., Tome 1, L.G.D.J., 2009.

PICOD, Y. ; CANIVET, G. ; FERRIER, D. ; ET AL.

- *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Dalloz, 2006.

PICOD, Y. ET DAVO, H.

- *Droit de la consommation*, 2^e éd., Dalloz, 2010.

PIGOU, A. C.

- *The Economics of Welfare*, 4^e éd., Macmillan and Co., 1932.

PLANIOL, M.

- *Traité élémentaire de droit civil*, L.G.D.J., 1952.

POTHIER, R.-J.

- *Traité des obligations*, 1761.

RIPERT, G.

- *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949.

RIPERT, G. ET ROBLOT

- *Traité de droit des affaires*, Tome 1 – Volume 1, 19^e éd., L.G.D.J., 2010.

ROUBIER, P.

- *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1, Sirey, 1952.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J. ET PIERRE, J.-L.

- *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007.

SCHUMPETER, J.

- *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, 1942.

SÉRIAUX, A.

- *Contrats civils*, P.U.F., 2001.
- *Droit des obligations*, 2^e éd., P.U.F., 1998.
- *Manuel de droit des obligations*, P.U.F., 2006.

SERRA, Y.

- *Le droit français de la concurrence*, Dalloz-Sirey, 1993.

SIMON, F.-L.

- *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Lextenso, 2009.

TERRÉ, F. ; SIMLER, P. ET LEQUETTE, Y.

- *Droit civil : Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.

TRIOLE, J.

- *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica, 1995.

VOGEL, L.

- *Droit de la concurrence*, Lawlex, 2011.
- *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, Ed. Panthéon-Assas, 2011.
- *Le droit européen des affaires*, Lawlex, 2011.
- *Les actions civiles de concurrence*, Ed. Panthéon-Assas, 2013.
- *Traité de droit des affaires – Du droit commercial au droit économique*, Tome 1, L.G.D.J., 2010.

VOGEL, L. ET VOGEL, J.

- *Droit de la distribution automobile*, LawLex, 2003.
- *Droit de la distribution droits européen et français*, Lawlex, 2011.
- *European distribution law*, LawLex, 2012.

B. Ouvrages spéciaux : monographies et thèses

1. Monographies

ARCELIN-LECUYER, L.

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003.

ARFI, E.

- *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec, 2005.

ARHEL, P.

- *La pratique des accords de distribution*, EFE, 2000.
- *Les pratiques de prix imposés*, Etude DGCCRF, 1992.

BAUMOL, W. J. ; PANZAR, J. C. ET WILLIG, R. D.

- *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt College Pub, 1982.

BOUTARD-LABARDE, M.-C. ; CANIVET, G. ; CLAUDEL, E. ; ET AL.

- *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008.

BURNIER DA SILVEIRA, P.

- *Le contrôle des concentrations économiques l'expérience européenne et l'avenir du Mercosul*, l'Harmattan, 2011.

CANIVET, G.

- *Restaurer la concurrence par les prix : Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, 2005.

CATALA, P.

- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

CHAPUT, Y.

- *Clientèle et concurrence, approche juridique du marché*, Litec, 2000.

CHAPUT, Y. ; LÉVI, A. ; RONZANO, A. ; ET AL.

- *La clientèle appropriée*, Litec, 2004.

CHONÉ, A.-S.

- *Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, 2010.

CLERK, J. F. ; LINDSELL, W. H. B. ET BRAZIER, M.

- *On Torts*, Sweet & Maxwell.

CORNIL, G.

- *Explication historique de la règle alteri nemo stipulari potest*, T. 4, 1935.

DUBOIS, J.-P.

- *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la Communauté économique européenne*, Litec, 1968.

FERRIER, D.

- *Prix imposés, prix conseillés*, Etude DGCCRF, 1998.

HAGELSTEEN, M.-D.

- *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi et au secrétaire d'État chargé de la consommation et du tourisme*, 2008.

IBARROLA, J.

- *Les prix de revente : étude de droit comparé des Etats-Unis, du Canada et de la communauté européenne*, Mc Gill University (Canada), 1994.

KANTZENBACH, E. ET KRUSE, J.

- *Kollektive Marktbeherrschung : das Konzept und seine Anwendbarkeit für die Wettbewerbspolitik*, 1987.

PRIOVANO, A.

- *Les transformations de l'ordre privé économique, l'exemple des réseaux de distribution sélective*, in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Frison-Roche, 1999.

SAINT-GAL, Y.

- *Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale*, 5e éd., Delmas, 1982.

SERRA, Y.

- *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991.

SHAPIRO, C. ET VARIAN, H. R.

- *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999.

TERRÉ, F.

- *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.

VOGEL, L.

- *Droit de la concurrence : la pratique en 500 décisions*, Ed. du juris-classeur, 1997.
- *European competition law*, LawLex, 2012.
- *French competition law*, Lawlex, 2012.
- *Gagner son procès en droit de la concurrence droit français : 3500 décisions*, LawLex, 2012.

2. Thèses

ACKAD, M.

- *Le contrat de franchise en Egypte : étude de droit comparé français et égyptien*, Thèse : Montpellier I, 2001.

AL SURAIHY, Y.

- *La fin du contrat de franchise*, Thèse : Poitiers, 2008.

ALBARIC, C.

- *La franchise principale*, Thèse : Montpellier I, 1998.

ALIX DESFAUTAUX, C.

- *Le choix de la franchise en tant que mode de développement de l'entreprise*, Thèse : Caen, 1992.

AMIEL-COSME, L.

- *Les réseaux de distribution*, L.G.D.J., 1998.

AUGUET, Y.

- *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2000.

AZÉMA, J.

- *La durée des contrats successifs*, L.G.D.J., 1969.

BACACHE-GIBEILI, M.

- *La relativité des conventions et les groupes de contrat*, L.G.D.J., 1996.

BALLET, A.

- *L'exclusivité et le réseau de distribution*, Thèse : Montpellier, 2005.

BASTIAN, D.

- *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse : Paris, 1914.

BERTRAND, F.

- *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Thèse : Paris II, 1979.

BOSCO, D.

- *Le contrat exclusif*, Thèse : Aix-Marseille II, 2005.

BOUDOU, O.-M.

- *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, Thèse : Paris II, 2001.

BRUNET, A.

- *Le droit de la concurrence déloyale en Espagne*, Thèse : Perpignan, 2008.

BRUZIN, A.

- *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Thèse : Bordeaux, 1922.

BU ABBAS, A.

- *Le contrat de franchise en droit français et en droit koweïtien*, Thèse : Strasbourg, 2010.

CALASTRENG, S.

- *La relativité des conventions*, Thèse : Toulouse, 1939.

CALVET, A.

- *Franchise et concurrence : la protection du franchiseur face à la concurrence de son ancien franchiseé*, Thèse : Perpignan, 2011.

CECCOTTI, S.

- *Les alternatives et aménagements au contrat de franchise*, Thèse : Montpellier I, 2005.

CHAGNY, M.

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004.

CHARTIER, F.

- *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, Thèse : Montpellier I, 2002.

CLAMOUR, G.

- *Intérêt général et concurrence – Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

CLAUDEL, E.

- *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse : Paris 10, 1994.

CRISTIN-BELMONT, S.

- *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, Thèse : Lyon III, 1999.

DE BOUARD, F.

- *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., 2007.

DE HALLER, T.

- *Le contrat de franchise en droit suisse*, Thèse : Lausanne, 1978.

DE LA ASUNCION PLANES, K.

- *La réfaction du contrat*, Thèse : Perpignan, L.G.D.J., 2006.

DEBRAND, F.

- *Etude de la règle « res inter alios acta aliis nocet nec prodest » en droit romain*, Thèse : Dijon, 1890.

-
- DECOCQ, A.**
– *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse : Paris, 1957.
- DELCOURT, L.**
– *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, Thèse : Paris, 1902.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, P.**
– *Le tiers à l'acte juridique*, L.G.D.J., 2000.
- DELPEUCH, P.**
– *L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale*, Thèse : Paris, 1968.
- DEMME, G.**
– *Le droit des restrictions verticales*, Economica, 2010.
- DEZOBRY, G.**
– *La théorie des facilités essentielles*, L.G.D.J., 2009.
- DISSAUX, N.**
– *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, L.G.D.J., 2007.
- DJAZAYERI, M.**
– *Le contrôle juridique effectué dans le cadre européen en matière d'opérations de rapprochement d'entreprises*, Thèse : Nice, 2002.
- DORANDEU, N.**
– *Le dommage concurrentiel*, Thèse : Perpignan, 2000.
- DORMONT, S.**
– *Le conflit entre droit d'auteur et droit de la concurrence*, Thèse : Paris XI, 2011.
- DOSS BENNANI, R.**
– *Le franchisage en droit marocain*, Thèse : Perpignan, 2003.
- DOUCHY, M.**
– *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997.
- DUCLOS, J.**
– *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, L.G.D.J., 1983.
- DUKAY, B.**
– *Les enjeux des nouvelles relations contractuelles dans le commerce électronique entre professionnels*, Thèse : Paris II, 2009.
- EISELE, J.-P.**
– *Les conditions de la clause de non-concurrence en droit allemand et en droit français*, Thèse : Nancy 2, 1999.
- ERESEO, N.**
– *L'exclusivité contractuelle*, Thèse : Montpellier, 2007.
- FABRE, R.**
– *Le know-how : sa réservation en droit commun*, Litec, 1976.

FLOUR, Y.

- *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Thèse : Paris, 1977.

FOURNIER, F.

- *L'équilibre des réseaux de franchise de parfumerie*, Thèse : Toulouse I, 2001.

FRION, J.-J.

- *L'agissement parasitaire*, Thèse : Nantes, 2001.

GASTINEL, E.

- *La franchise commerciale et le droit communautaire des ententes*, Thèse : Lyon 3, 1990.

GAUTHIER, J.

- *Bilan sur les opérations de concentration en France à l'aune de la transparence*, Thèse : Nice, 2008.

GHESTIN, J.

- *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Thèse : Paris, L.G.D.J., 1971.

GIMONDI, F.

- *L'acte mixte de contrefaçon et de concurrence déloyale*, Thèse : Montpellier I, 1997.

GINOSSAR, S.

- *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Emergence d'un délit civil de fraude*, L.G.D.J., 1963.

GLAIS, M.

- *Concentration des entreprises et droit de la concurrence*, Economica, 2010.

GOMY, M.

- *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Presses universitaires de Perpignan, 1999.

GORMSEN, L. L.

- *Is there a tension between the goals of protecting economic freedom and the promotion consumer welfare in the application of Article 82 EC ?*, Thèse : Kings College, 2007.

GOURDON, P.

- *L'exclusivité : Etude de droit privé pour une vision compréhensive d'un concept juridique ambivalent*, Thèse : Paris Descartes, 2000.

GOUTAL, J.-L.

- *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Tome CLXXI, L.G.D.J., 1981.

GRAC, S.

- *Les relations juridiques entre franchiseur et franchisé : coopération en conflit*, Thèse : Nice, 1998.

GRIGNON, P.

- *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, 2000.

GRILLET-PONTON, D.

- *Essai sur le contrat inommé*, Thèse : Lyon, 1982.

GROSS, B.

- *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse : Nancy, 1964.

HOUIN, B.

- *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse : Paris II, 1973.

HUET, J.

- *Responsabilité contractuelle et délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, 1978.

JAMIN, C.

- *La notion d'action directe*, L.G.D.J., 1991.

JOUARY, P.

- *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Thèse : Paris I, 2002.

KARAM, W. Y.

- *Le contrat de franchisage commercial à travers les réseaux de franchise*, Thèse : Lyon 3, 1983.

KENFACK, H.

- *La franchise internationale*, Thèse : Toulouse I, 1996.

KERJOUAN, I.

- *Concentration d'achat dans la grande distribution*, Thèse : Paris II, 1998.

KHAYAT DE CYWINSKA, A.

- *Droits et obligations du franchisé*, Thèse : Paris I, 1996.

LASSERRE-JEANNIN, F.

- *L'acte de concurrence déloyale*, Thèse : Montpellier I, 1992.

LEBRETON, S.

- *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux réseaux de distribution*, Litec, 2002.

LEVENEUR, L.

- *Situation de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990.

LICARI, F.-X.

- *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, 2000.

LONGUEVILLE, C.

- *Pluralisme, concurrence et concentration dans le secteur des médias audiovisuels*, Thèse : Toulouse I, 2003.

LOUSSOUARN, N.

- *Contribution à l'étude de la révision judiciaire des contrats en droit privé*, Thèse : Rennes, 1996.

LOUVEAU, A.

- *La théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Thèse : Rennes, 1920.

MALABARD, A.

- *La vente des articles de marque à prix imposés*, Thèse : Université de Paris, 1935.

MARTIN, M.

- *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, Thèse : Paris II, 2009.

MATHIEU, B.

- *La clause d'exclusivité*, Thèse : Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2000.

MAURIN, L.

- *Contrat et droits fondamentaux*, Thèse : Aix-Marseille III, 2011.

MAURY, C.

- *Les contrats de concession et de franchise dans le redressement et la liquidation judiciaires*
Thèse : Toulouse I, 2004.

MC CORMICK GNUVA, K.

- *Le déséquilibre inhérent à la relation de franchise : étude comparative du droit français et du droit américain*, Thèse : Nice, 1997.

MICHAS

- *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Thèse : Paris, 1900.

NEFUSSY-LEROY, N.

- *Les clauses d'exclusivité dans le contrat de franchise*, Thèse : Nice, 1992.

ONILLON, C.

- *La notion de concentration entre entreprises en droit de la concurrence à l'épreuve de la sécurité juridique*, Thèse : Université de Paris-Sud, 2009.

PARENT, E.

- *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989.

PELLÉ, S.

- *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007.

PÉTEL-TEYSSIÉ, I.

- *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse : Montpellier, 1984.

PETIT, S.

- *La rupture abusive des relations commerciales*, Thèse : Lille II, 2007.

PICOD, Y.

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse : Dijon, L.G.D.J., 1989.

PIGACHE, C.

- *Le mandat d'intérêt commun*, Thèse : Paris V, 1991.

POISSONNIER, D.

- *La politique de la concurrence et le droit des contrats*, Thèse : Montpellier, 2006.

RENET, T.

- *La force de travail – Étude juridique*, Litec, 1992.

SAUTONIE-LAGUIONIE, L.

- *La fraude paulienne*, L.G.D.J., 2008.

SEUBE, J.-B.

- *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.

SIMLER, P.

- *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969.

SONET, A.

- *Le préavis en droit privé*, P.U.A.M., 2003.

STOFFEL-MUNCK, P.

- *Regards sur la théorie de l'imprévision*, P.U.A.M., 1994.

TEXIER, M.

- *La désorganisation : contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, P.U.P., 2006.

TEYSSIÉ, B.

- *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975.

VANDENBOSSCHE, A.

- *La concurrence déloyale*, Thèse : Lille, 1948.

VINCENT, C.

- *Comportement unilatéral et concours de volontés en droit de la concurrence*, Thèse : Paris II, 1997.

VOGEL, L.

- *Concentration économique et systèmes de droit de la concurrence*, Thèse : Paris 2, 1986.

WEILL, A.

- *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse : Strasbourg, 1938.

VIRASSAMY, G.

- *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986.

WICKER, G.

- *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., 1998.

WINTGEN, R.

- *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, L.G.D.J., 2004.

C. Fascicules d'encyclopédie

ARCELIN-LECUYER, L.

- « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », Fascicule n° 35, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2009.

ARHEL, P.

- « Accords de distribution (Droit de la concurrence) », in *Rép. com. Dalloz*, 2010.
- « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », in *Rép. com. Dalloz*, 2009.

BEHAR-TOUCHAIS, M.

- « Extinction du contrat – Les causes », Fascicule n° 175, in *J.-Cl. Contrats - Distribution*, 1998.

BELMONT, S.

- « Abus de position dominante collective – Notion de position dominante collective – Exploitation abusive – Articles 81 et/ou 82 du Traité CE », Fascicule n° 562, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2003.

BERNAULT, C.

- « Propriété littéraire et artistique – Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », Fascicule n° 1135, in *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2006.

BIOLAY, J.-J.

- « Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix – Actions prohibées sur le niveau des prix », Fascicule n° 287, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2009.

BLAISE, J.-B.

- « Abus de position dominante », in *Rép. com. Dalloz*, 2005.

CANLORBE, J.

- « Contrefaçon de marque – Usage illicite de marque », Fascicule n° 7513, in *J.-Cl. Marques - Dessins et modèles*, 2010.

CESARO, J.-F.

- « Gérants de succursales », Fascicule n° 4-5, in *J.-Cl. Travail Traité*, 2010.

CHALARON, Y.

- « Gérants de succursales », in *Rép. trav. Dalloz*, 2010.

CHONÉ, A.-S.

- « Abus de position dominante – Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce », Fascicule n° 560, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2010.

DESGENS-PASANAU, G.

- « Notion de fonds de commerce et Internet », Fascicule n° 1080, in *J.-Cl. Entreprise individuelle*, 2010.

DEVÉSA, P. ET BOYÉ, E.

- « Savoir-faire – Contrat de savoir-faire non breveté », Fascicule n° 1860, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008.

DISSAUX, N.

- « Clause de non-concurrence », Fascicule n° 256, *in J.-Cl. Commercial*, 2010.

DUBERN, C.

- « Protection de la personnalité du consommateur – Droit à l'intégrité morale », Fascicule n° 925, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2003.

FERRIER, D.

- « Franchise », *in Rép. com. Dalloz*, 2009.

FOURGOUX, J.-L.

- « Pratiques restrictives de concurrence », Fascicule n° 281, *in J.-Cl. Commercial*, 2006.
- « Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond », Fascicule n° 281, *in J.-Cl. Commercial*, 2011.

GHESTIN, J. ET SÉRINET, Y.-M.

- « Erreur », *in Rép. civ. Dalloz*, 2006.

GRIGNON, P.

- « Distribution », *in Rép. com. Dalloz*, 2009.

GRYNFOGEL, C.

- « Abus de position dominante – Article 102 du TFUE », Fascicule n° 268, *in J.-Cl. Commercial*.
- « Droit français des abus de domination – Article L. 420-2 du Code de commerce », Fascicule n° 260, *in J.-Cl. Commercial*, 2011.
- « Droit français des ententes – Article L. 420-1 du Code de commerce », Fascicule n° 262, *in J.-Cl. Commercial*, 2008.

GUEDJ, V.

- « Contrat de courtage », Fascicule n° 850, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2001.

GUÉRIN, M.-C.

- « Concurrence – Pratiques anticoncurrentielles – Éléments constitutifs », Fascicule n° 20, *in J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2008.

GUIBAL, M.

- « Commerce et industrie », *in Rép. com. Dalloz*, 2010.

GUILLEMAIN, A. ET DENIZOT, C.

- « Bail commercial – La conclusion du bail », Fascicule n° 217, *in J.-Cl. Commercial*, 2006.

JEANSEN, E.

- « Salarial – Définition », Fascicule n° 17-1, *in J.-Cl. Travail Traité*, 2009.

KAHN, A.-E.

- « Objet du droit d'auteur, notion d'œuvre musicale (CPI, art. 112-2) », Fascicule n° 1138, *in J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2003.

KOVAR, R. ET LARRIEU, J.

- « Marque », *in Rép. communautaire Dalloz*, 2012.

LE TOURNEAU, P.

- « Concession exclusive – Conditions de validité au regard du droit des contrats – Formation – Prix et durée », Fascicule n° 1025, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2009.
- « Concessions – Distribution, circuits et réseaux de distribution – Inventaire des diverses concessions – Fondement et protection des réseaux de distribution », Fascicule n° 1010, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2010.
- « Concessions – Distribution, circuits et réseaux de distribution – Inventaire des diverses concessions – Fondement et protection des réseaux de distribution », Fascicule n° 1010, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2009.
- « Conditions de validité – Validité au regard du droit de la concurrence », Fascicule n° 1030, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2010.
- « Parasitisme – Notion de parasitisme », Fascicule n° 227, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2006.

LE TOURNEAU, P. ET ZOÏA, M.

- « Concession exclusive – Effets – Rupture », Fascicule n° 1035, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2010.
- « Concession exclusive – Validité au regard du droit de la concurrence », Fascicule n° 1030, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2010.
- « Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé », Fascicule n° 1050, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008.
- « Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage », Fascicule n° 1045, *in J.-Cl. Contrats - Distribution*, 2008.

LEBRETON-DERRIEN, S.

- « Distribution – Généralités », Fascicule n° 600, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004.

LEGEAIS, D.

- « Franchise », Fascicule n° 316, *in J.-Cl. Commercial*, 2009.

LUCAS, A.

- « Droits des producteurs des bases de données (CPI, art. L. 112-3 et L. 341-1 à L. 343-7) », Fascicule n° 1650, *in J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2011.

MALAURIE-VIGNAL, M.

- « Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente », Fascicule n° 225, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004.
- « Clause de non-concurrence – Validité », Fascicule n° 110, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2004.

MARÉCHAL, C.

- « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », Fascicule n° 25, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2009.

NICOLAS-VULLIERME, L.

- « Pratiques restrictives sanctionnées civilement – Article L. 442-6 du Code de commerce », Fascicule n° 290, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2010.

-
- « Rupture brutale de relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5°) », Fascicule n° 300, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2010.
- PÉTEL-TEYSSIÉ, I.**
- « Louage d’ouvrage et d’industrie – Contrat de travail : généralités. Prohibition de l’engagement perpétuel », Fascicule n° 1780, in *J.-Cl. Civil Code*, 2008.
- PETIT, B. ET ROUXEL, S.**
- « Contrats et obligations – Erreur », in *J.-Cl. Civil Code*, 2005.
- PHILIPPE, L.**
- « Abus de position dominante – Exploitation abusive – Article 82 du Traité CE », Fascicule n° 561, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2010.
- PICOD, Y.**
- « Contrats et obligations – Effet obligatoire des conventions – Exécution de bonne foi des conventions », Fascicule n° 1134 et 1135, in *J.-Cl. Civil Code*, 2007.
 - *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*, Thèse : Dijon, L.G.D.J., 1989.
 - « Nullité », in *Rép. civ. Dalloz*, 2004.
- PICOD, Y. ; AUGUET, Y. ET DORANDEU, N.**
- « Concurrence déloyale », in *Rép. com. Dalloz*, 2010.
- PICOD, Y. ; AUGUET, Y. ET GOMY, M.**
- « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2009.
- PICOD, Y. ET ROBINNE, S.**
- « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. trav. Dalloz*, 2009.
- PIN, X.**
- « Quasi-contrats – Enrichissement sans cause – Fondements de l’action en restitution de l’enrichissement sans cause », Fascicule n° 10 (articles 1370 à 1381), in *J.-Cl. Civil Code*, 2007.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J.**
- « Savoir-faire », in *Rép. com. Dalloz*, 2009.
- SERRA, Y.**
- « Concurrence (Obligation de non-) », in *Rép. com. Dalloz*, 2003.
- SIGRIST, J. ET VILMART, C.**
- « Le contrôle communautaire des concentrations sous le règlement n° 139/2004 », Fascicule n° 470, in *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2005.
- SIMLER, P.**
- « Contrats et obligations – Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », Fascicule n° 1136 à 1145, in *J.-Cl. Civil Code*, 2011.
- THRIERR, A. ET THRIERR, O.**
- « Rejet », Fascicule n° 7215, in *J.-Cl. Marques - Dessins et modèles*, 2006.

VIENNOIS, J.-P.

- « Contrats de distribution – Règles communes aux différents contrats de distribution », Fascicule n° 303, *in J.-Cl. Commercial*, 2005.

VILMART, C.

- « Le contrôle français des concentrations par l'Autorité de la concurrence », Fascicule n° 400, *in J.-Cl. Concurrence - Consommation*, 2009.

D. Articles, études, chroniques

AGHION, P. ET BOLTON, P.

- « Contracts as Barriers to Entry », *American Economic Review*, 1987, 7777, p. 388 et s.

AHIN, M.

- « De la protection juridique des marques de couleur unie », *LPA*, 2007, 103103, p. 8.

AKMAN, P.

- « Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC », *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, vol. 29, p. 267 et s.

ALBARIC, C.

- « L'adaptation de la franchise par le franchisé principal », *JCP E*, 1999, 55, Cah. dr. entr., p. 30.

ALBERT, F.

- « Les mécanismes conventionnels de protection des réseaux de distribution alimentaire sont-ils anticoncurrentiels ? », *JCP E*, 2010, 1941.

ALIX DESFAUTAUX, C.

- « Le choix de la franchise », *Revue française de gestion*, 1998, 118118, p. 59 et s.

ALSTEENS, M.

- « Le régime de la concession en Belgique », *Cah. dr. entr.*, 1998, 44, p. 30 et s.

AMÉDÉE-MANESME, G.

- « Franchise et propriété commerciale : quand le contrat de franchise tient la clientèle du réseau en l'état », *Gaz. Pal.*, 1996, 3, doctr., p. 1394.
- « La franchise : contrat d'intérêt collectif équitablement rémunéré par un droit de franchise, clé de la répartition de la clientèle créée », *RJ com.*, 1981, p. 166 et s.
- « La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver », *D. aff.*, 1999, 170170, p. 1160 et s.
- « La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce », *JCP E*, 2010, 1110.
- « Le contrat de franchise et les clauses post-contractuelles », *RJ com.*, 2011, 44, p. 400.

AMÉDÉE-MANESME, G. ET HELWASER, H.

- « Le rachat ou la fusion de réseaux », *JCP E*, 2012, 1364.

AMIEL-DONAT, J.

- « La légitimité de la clause de non-concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 1992, chron. 7.

AMSELEK, P.

- « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann » in *La pensée de Charles Eisenmann*, 1986, *Economica*, p. 30 et s.

ANADON, C.

- « Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, 4646, p. 33.

ANCEL, P.

- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.*, 1998, 66, p. 30 et s.

ANCEL, P.

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771.

ANDRÉ, M.-E.

- « Ristournes et commission de gestion », *Cah. dr. entr.*, 1988, 66.

AQUAVIVA, J.

- « À propos des gérants de succursales » in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, 1992, *Litec*, p. 69 et s.

ARCELIN-LECUYER, L.

- « Etre ou (et ?) ne pas être une entreprise. C'est la question... », *Rev. Lamy conc.*, 2007, 1111, p. 21.
- « L'entreprise et le groupe de sociétés en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, 4848, p. 57.

ARHEL, P.

- « Accords de franchise, pratiques tarifaires et liberté d'approvisionnement », *LPA*, 1999, 211211, p. 11.
- « Communautés européennes : les lignes directrices sur les restrictions verticales », *JCP E*, 2000, p. 1174.
- « Concentration excessive de la distribution alimentaire généraliste à Paris », *D.*, 2012, p. 488.
- « Le projet de modernisation du droit français de la concurrence projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques », *JCP E*, 2000, p. 644.
- « Les restrictions verticales : une réforme en profondeur », *LPA*, 2000, 55, p. 7.
- « Projet de loi de modernisation de l'économie : Le volet « concurrence » », *JCP E*, 2008, 2020, p. 3 et s.
- « A propos du projet de lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations », *LPA*, 2003, 6262, p. 8.

ASTIC, V. ET LARRIEU, J.

- « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », *D.*, 1998, p. 389.

AUBERT, J.-L.

- « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263.

AUBRY, H.

- « La franchise et les modèles concurrents », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors

série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 9 et s.

AUBY, J.-B.

- « Faut-il abroger la loi Royer ? Un point de vue de juriste », *RDI*, 1994, 44, p. 559 et s.
- « Urbanisme commercial et concurrence », *Dr. adm.*, 2010, 55, p. 1 et s.

AUGAGNEUR, L.-M.

- « Changer d'enseigne », *JCP E*, 2008, 2170.
- « Concurrence : L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales », *JCP E*, 2009, 4242, p. 22.
- « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *JCP G*, 2005, I, p. 158.

AUGUET, Y.

- « La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *LPA*, 1996, spécial du 6 mars spécial du 6 mars.

AUQUE, F.

- « La commission-affiliation », *AJDI*, 2001, p. 1059.

AZÉMA, J.

- « L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété industrielle [à propos de quelques décisions récentes] » in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, 2008, *Economica*, p. 1 et s.
- « Réflexion sur la distribution sélective, l'action contre le distributeur parallèle » in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, 1990, *Litec*, p. 195

BACCICHETTI, E.

- « Pratique du droit des réseaux de distribution », *LPA*, 2006, 9696, p. 3.

BAIN, J.

- « Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries », *American Economic Review*, 1954, 4444, p. 15 et s.

BANDRAC, M.

- « A propos de l'action exercée par le ministre de l'Economie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique », *D.*, 2008, p. 3046 et s.

BARBIER, J.-D.

- « Distribution intégrée, fonds de commerce désintégré », *Administrer*, 1994, 7-87-8, p. 1 et s.

BARTHÉLÉMY, J.

- « Le professionnel para-subordonné », *JCP E*, 1996, I, 606.

BASCHET, D.

- « La franchise est en deuil ! Franchise et propriété commerciale », *RJ com.*, 1996, p. 327.
- « La pratique de la franchise », *Gaz. Pal.*, 1996, doct., p. 1478 et s.
- « La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou... la franchise est en danger de mort », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1256 et s.
- « Le savoir-faire dans le contrat de franchise », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 690 et s.

BASTIAN, D.

- « De la marque constituée par la forme d'un bâtiment » *in Hommage à Henri Desbois*, 1974, Dalloz, p. 104

BATIFFOL, H.

- « La « crise du contrat » et sa portée », *Arch. phil. droit*, 1968, p. 27.

BAUMOL, W. J.

- « An Uprising in the Theory of Industry Structure », *The American Economic Review*, 1982, 11, vol. 72, p. 1 et s.

BAYET, A. ET ROSENWALD, F.

- « Relations verticales, intégration et barrières à l'entrée », *Annales d'économie et de statistiques*, 1997, 4848.

BAZEX, M.

- « Entre concurrence et régulation, la théorie des « facilités essentielles » », *Rev. conc. consom.*, 2001, 119119, p. 38 et s.

BAZEX, M. ET BLAZY, S.

- « Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises : quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration ? », *Contrats, conc. consom.*, 2008, dossier 7.

BEAUCHARD, J.

- « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 22, p. 14.
- « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat » *in Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, 2008, Dalloz, p. 37 et s.
- « Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ? » *in* Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 261 et s.

BECKER, H.

- « La protection de la franchise en Allemagne » *in* Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 237 et s.

BECQUE, P.

- « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », *Cah. dr. entr.*, 1985, 66, p. 24 et s.

BEHAR-TOUCHAIS, M.

- « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment dans la grande distribution », *Rev. Lamy conc.*, 2008, 1717, p. 45.
- « La rupture d'une relation commerciale établie », *LPA*, 2008, 203203, p. 9 et s.
- « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009, 11, p. 202.
- « Les obstacles à la sortie du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 32 et s.

- « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit » ? », *Rev. Lamy conc.*, 2010, 2323, p. 43.
- « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, 33, p. 1258.
- « L'exclusivité du franchisé » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 121 et s.
- « La protection du réseau de distribution » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 53 et s.
- « Rapport français : les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence » in Association Henri Capitant, *La concurrence*, 2010, Société de législation comparée, p. 355

BEHAR-TOUCHAIS, M. ET FERRIER, D.

- « Les pratiques restrictives de concurrence », *JCP E*, 2001, 44, Cah. dr. entr., p. 18 et s.

BEN SOUSSEN, M.

- « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 14 et s.
- « Les clauses d'agrément et de préemption » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 167 et s.

BÉNABENT, A.

- « L'indemnisation du franchisé », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 47 et s.
- « La prolongation du contrat », *RDC*, 2004, 11, p. 117 et s.
- « Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire », *LPA*, 1990, 147147, p. 22.

BENSOUSSAN, H.

- « De l'obligation d'approvisionnement exclusif à l'achat privilégié d'intérêt commun », *D. aff.*, 1998, p. 454.
- « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », *D.*, 2000, p. 629 et s.
- « Indemnisation du franchisé et savoir-faire », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 50 et s.
- « La clientèle « au » franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.*, 2001, p. 2498.
- « Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ? » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 149 et s.

BERG-MOUSSA, A.

- « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E*, 2012, 1139.

BERGEL, J.-L.

- « Les clauses de non-concurrence en droit positif français » in *Etudes en l'honneur de Roger Houin*, 1985, Dalloz,

BERGMAN, M. A.

- « The Role of the Essential Facilities Doctrine », *Antitrust Bulletin*, 2001, 4646, p. 403 et s.

BIDAN, C. ET LE BRAS, T.

- « La responsabilité civile et économique du franchiseur dans la gestion du franchisé », *RJ com.*, 1986, p. 48 et s.

BLAISE, J.-B.

- « Comment configurer un réseau de distribution aujourd'hui », *JCP E*, 2012, 1181.
- « Pratiques anticoncurrentielles : incertitudes et ambiguïtés d'une réforme », *Bull. ILEC*, 2001, 329329.
- « L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence » in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle : mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, 1997, Dalloz, p. 85 et s.
- « Propriété industrielle et droit communautaire de la concurrence » in *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, Litec, p. 65 et s.

BLANC, G.

- « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *D.*, 1993, p. 218 et s.

BOCCARA, B.

- « Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1021 et s.
- « Le renouvellement des concepts en marge des droits des franchises », *D. aff.*, 2000, p. 15.
- « Régime locatif des franchises et renouvellement des concepts sur le fonds de commerce : la fin d'une controverse », *AJDI*, 2002, p. 502.

BOIVIN, C.

- « Atteintes au droit des marques et contraintes économiques », *Propr. industr.*, 2009, 1010, étude 19.

BOIZARD, M.

- « L'abus de minorité », *Rev. sociétés*, 1988, p. 365.

BONASSIES, P.

- « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen » in *Etudes dédiées à A. Weill*, 1983, Dalloz-Litec, p. 51 et s.

BONET, G.

- « Distribution sélective des parfums : les arrêts sur renvoi après cassation », *D.*, 1991, chron., p. 9.

BONTHOUX, J.-P.

- « L'intérêt des consommateurs, fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français », *Concurrence et consommation*, 1994, p. 53 et s.

BORK, R. H.

- « Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act », *Journal of Law and Economics*, 1966, 99, p. 7 et s.

BOSCO, D.

- « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *Contrats, conc. consom.*, 2012, 33, repère 3.
- « Droit des concentrations », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 66, chron. 1.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2011, 77, chron. 2.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2012, 22, chron. 1.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2012, 88, chron. 3.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2013, 11, chron. 1.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2011, 11, chron. 1.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2010, 1010, chron. 2.
- « Droit des concentrations – Chronique », *Cont. conc. consom.*, 2010, 66, chron. 1.
- « L'année 2010 en droit des concentrations », *Cont. conc. consom.*, 2011, 66, dossier 4.
- « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2008, 1111, p. 27 et s.
- « Transport maritime : quand le droit de la concurrence s'invite à bord... », *Contrats, conc. consom.*, 2008, 88, p. comm. 206.
- « Transports maritimes : les consortiums exemptés jusqu'en 2015 », *Contrats, conc. consom.*, 2009, comm. 292.
- « Un an après la LME, quelle continuité du droit français des concentrations ? », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 66, p. 1.

BOULANGER, J.

- « Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques », *RTD civ.*, 1950, 11, p. 1.

BOURGEON, C.

- « La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution », *RDC*, 2004, 1010, p. 1107.
- « A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente », *RDC*, 2004, 1010, p. 1107.

BOURGEON, C. ET THRÉARD, J.

- « Dépendance économique et droit de la concurrence : réflexions sur l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1987, 22, 20 et s.

BOUSCANT, R.

- « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *RTD eur.*, 2000, 11, p. 67.

BOY, L.

- « Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? », *Rev. Lamy conc.*, 2010, 2323, p. 93.
- « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RID éco.*, 2005, 11, t. XIX, p. 27 et s.
- « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RID éco.*, 2005, 11, t. XIX, p. 27 et s.

-
- « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2004, 1111, étude 16.
 - « Réflexions sur « le droit de la régulation » », *D.*, 2001, p. 3031 et s.
- BRETZNER, J.-D.**
- « La durée, l'abus et le contrat », *RDC*, 2009, 44, p. 1662.
- BRISSY, S.**
- « L'application du droit du travail aux travailleurs indépendants : un régime juridique cohérent ? », *JCP S*, 2006, 55, p. 9 et s.
- BRUNET, A.**
- « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun » in *Etudes dédiées à Alex Weill*, 1983, Dalloz-Litec, p. 85 et s.
- BRUNET, F. ET IANIS, G.**
- « Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une « révolution antitrust à la française » », *JCP E*, 2002, 4646, p. 1802.
- BUGADA, A. ; PICOD, Y. ; AUGUET, Y. ; ET AL.**
- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme (panorama 2004-2005) », *D.*, 2005, p. 2454.
- BURST, J.-J.**
- « Eléments de rattachement de la clientèle et franchise », *Cah. dr. entr.*, 1988, 22, p. 21 et s.
 - « Droits de propriété industrielle et franchise » in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, 1990, Litec, p. 203
- BURST, J.-J. ET FERRIER, D.**
- « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1983, 11, p. 21 et s.
- BURST, J.-J. ET KOVAR, R.**
- « La mariée est en blanc », *Gaz. Pal.*, 1986, doct., p. 398.
- BUY, F.**
- « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I 2° du Code de commerce », *LPA*, 2008, 252252, p. 3.
- CABRILLAC, M.**
- « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », *D.*, 1964, chron., p. 181.
 - « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale » in *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, Presses universitaires de Toulouse, p. 235 et s.
 - « Unité ou pluralité de la notion de succursales » in *Mélanges Hamel*, 1961, p. 131
- CALVO, J.**
- « Franchise : les décisions Yves Rocher et Pronuptia de la Commission des Communautés européennes », *Gaz. Pal.*, 1988, doct., p. 48.
 - « La protection civile et pénale des systèmes de distribution sélective en droit français », *LPA*, 1994, 8686, p. 11.
 - « Un réseau de distribution sélective doit-il être étanche ? », *LPA*, 1994, 128128, p. 17 et s.

CANIVET, G.

- « Avant-propos (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 5.
- « Aspects stratégiques du procès en droit de la concurrence » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 99 et s.

CANIVET, G. ET VOGEL, L.

- « La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », *D.*, 1991, chron., p. 283.

CARAMALLI, D.

- « L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative au contrôle des concentrations en droit français », *LPA*, 2002, 9898, p. 4.

CARON, C.

- « Bases de données : droit sui generis, droit d'auteur ou parasitisme ? », *Comm. com. électr.*, 2010, 99, p. 31.
- « L'enregistrement d'une marque olfactive est-il conforme au droit communautaire ? », *JCP E*, 2003, 358.

CASTAGNON, N.

- « Internet et réseaux de distribution », *Contrats, conc. consom.*, 2003, 1010, p. 12 et s.

CASTAN, G.

- « Les contrats de la grande distribution : Critères de distinction entre franchise et affiliation », *RJDA*, 1993, p. 514.

CELAYA, M.

- « Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoiement », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 40 et s.

CHAGNY, M.

- « L'article L. 442-6, I, 2° , du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.*, 2011, p. 392 et s.
- « La définition de l'état de dépendance économique après la loi du 15 mai 2001 », *JCP E*, 2004, 1247.
- « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? – À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, 2008, I, 196.
- « Une révolution du droit français de la concurrence. À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, 2008, I, 196.

CHAGNY, M. ET CHOISY, S.

- « Les nouvelles règles applicables aux restrictions verticales de concurrence – Quels changements pour la distribution en ligne ? », *Comm. com. électr.*, 2010, 99, étude 17.

CHAMBONNAUD, C.

- « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé » in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, 1991, Joly-Litec, p. 117 et s.

CHAMPAUD, C.

- « La concession commerciale », *RTD com.*, 1963, 2222, p. 457.
- « Les clauses de non-concurrence ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler », *RJ com.*, 1986, p. 161.
- « Régulation et droit économique », *RID éco.*, 2002, p. 23.

CHAPUT, F.

- « Contrôler sa distribution : l'impossible pari », *JCP E*, 2010, 4141, p. 51.

CHARDON, O. ET DUMARTIN, S.

- « Fidélité aux enseignes et aux marques : le choix des consommateurs », *INSEE Première*, 1998, 609609.

CHAUDEY, M. ET FADAIRO, M.

- « Réputation des réseaux de franchise et restrictions verticales : Un travail empirique sur données françaises », *Rev. éco.*, 2007, 44, vol. 58, p. 891 et s.

CHAZAL, J.-P.

- « La protection par les juges du fond de la partie économiquement faible dans les contrats de distribution », *JCP G*, 2000, II, 10244.

CHÉROT, J.-Y.

- « L'article 90, paragraphe 2, du traité CE et les entreprises de réseau », *AJDA*, 1996, p. 171.
- « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans le jurisprudence de la cour » *in Mélanges Pirovano*, 2003, Frison-Roche, p. 563 et s.

CHEVRIER, E.

- « Déséquilibre significatif : QPC sur l'article L. 442-6, I », *D.*, 2010, p. 2508.

CILLERO VALDELVIRA, D.

- « La prise de participation par la tête de réseau dans le capital de la société distributrice », *Cah. dr. entr.*, 2010, 44, p. 37.

CLAEYS, S.

- « La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat » *in* Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 179 et s.

CLAUDEL, E.

- « Abus de dépendance économique : la notion se précise », *RTD com.*, 2004, p. 463.
- « La réforme du droit des concentrations (art. 96 de la loi du 4 août 2008) », *RTD com.*, 2009, 11, p. 104.
- « Modernisation de la régulation de la concurrence (LME numéro 2008-776 du 4 août 2008 et Ord. numéro 2008-1161) », *RTD com.*, 2009, 11, p. 91.

CLÉMENT, F.-P.

- « La mort programmée de la franchise de service », *Gaz. Pal.*, 1992, 1, doct., p. 269.

COCKBORNE, J.-E.

- « Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, 1989, 22, p. 214.

COLLOMB, P.

- « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.*, 1979, p. 1.

CONSTANTIN, A.

- « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat de société : défiance et illustration », *D.*, 2012, p. 2717.
- « La tyrannie des faibles ; de l'abus de minorité en droit des sociétés » in *Mélanges Y. Guyon*, 2003, Dalloz, p. 213

CORVOL, C.

- « La distribution en Europe » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 3 et s.

COURET, A.

- « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 112.

COUSI, O. ET ENTRAYGUES, A.

- « Rapport français : la régulation de la concurrence dans les télécommunications » in Association Henri Capitant, *La concurrence*, 2010, Société de législation comparée, p. 837

COUSIN, G.

- « L'épuisement du droit sur la marque », *Cah. dr. entr.*, 2010, 44, p. 44.

COUSIN, M. ; DAHAN, T. ; ALLAIN, M.-L. ; ET AL.

- « Nouveaux débats sur la régulation concurrentielle du secteur de la grande distribution », *Concurrences*, 2011, 44, p. 10 et s.

CRAWFORD, J.

- « Deuxième rapport sur la responsabilité des états », Assemblée générale des Nations-Unies, Commission du droit international, 1999.

CRISTIN-BELMONT, S.

- « De l'affaire Irish Sugar à une doctrine Irish Sugar », *D.*, 2000, p. 412.

D'HARCOURT, P.

- « Nouveau paramètre d'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence : la durée d'exécution du contrat ? », *JCP E*, 1996, panorama, p. 54.

DAMY, G.

- « Les réformes législatives du droit français de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2003, 1111, p. 11 et s.

DANTZIKIAN FRANCHON, A. ET POURCHER, M.

- « Messages d'avertissement donnés par l'Autorité de la concurrence aux entreprises opérant dans le secteur de la distribution alimentaire et le commerce de proximité », *Lexbase Hebdo - Edition Affaires*, 2011, 235235.

DAVID, E.

- « La complexité des choses simples : la fixation du prix de revente et le droit des ententes », *RID éco.*, 2005, 44, t. XIX, p. 389.

DE BAECQUE, C.

- « Avant-propos (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 11.

DE BELOT, P.

- « Un franchisé a-t-il le droit à la propriété commerciale ? », *Administrer*, 1991, 33, p. 2 et s.

DE BROSSES, A.

- « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et patr.*, 2003, 116116, p. 50 et s.
- « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et patr.*, 2003, 116116, p. 51.

DE DAMPIERRE, M.-A.

- « Pratique contentieuse. La protection de la valeur économique par le parasitisme », *Comm. com. électr.*, 2010, 1212, p. 14.

DE JUGLART, M.

- « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD civ.*, 1945, p. 1 et s.

DE LA ASUNCION PLANES, K.

- « Pratiques commerciales déloyales », *Dr. et procéd.*, 2011, 22, cah. Droit de la consommation, p. 5 et s.

DE LOS SANTOS, C.

- « Publicité et droit d'auteur, comment protéger ses ouvrages publicitaires ? », *Gaz. Pal.*, 2000, 140140, p. 15 et s.

DE MELLO, X.

- « L'affaire Cora : un coup pour rien », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, doct., p. 1224.

DECOCQ, A.

- « La réforme du droit de la concurrence : la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence », *RJ com.*, 2008, 66, 446.

DECOCQ, G.

- « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 2009, 1739.
- « Concurrence déloyale et parasitisme : deux régimes autonomes ? », *RJ com.*, 2010, 22, p. 88.
- « Les nouvelles règles de concurrences applicables aux contrats de distribution », *RJ com.*, 2010, 55, p. 434.

DECOCQ, G. ET BALLOT-LÉNA, A.

- « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, 2011, 1135.

DECOCQ, G. ET LAQUIÈZE, A.

- « Chronique de Droit de la concurrence », *JCP E*, 2011, 1325.

DECOOPMAN, N.

- « Droit du marché et droit des obligations » in Travaux de l'association Henri Capitant, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, 1996, p. 141

DELBARRE, F.

- « Réglementation des prix imposés, pour la retraite à 40 ans », *RJDA*, 1993, 33, p. 167.

DEMARET, P.

- « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », *JCP E*, 1986, 14816.

DEPINCE, M.

- « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.*, 2009, 22, p. 259.

DERRUPÉ, J.

- « Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ? », *AJPI*, 1997, p. 1002 et s.
- « Organisation générale du commerce », *RTD com.*, 1988, p. 609 et s.
- « Clientèle et achalandage » in *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, 1992, P.U.F., p. 167 et s.
- « Fonds de commerce et clientèle » in *Etudes dédiées à A. Jauffret*, 1974, p. 231 et s.
- « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale » in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à F. Terré*, 1999, Dalloz-P.U.F.-Juris-Classeur, p. 577 et s.

DESJEUX, X.

- « L'investissement économique et le droit de la propriété industrielle », *Gaz. Pal.*, 1962, doct., 2, 422.
- « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *JCP G*, 1985, II, 14490.
- « Quelle protection pour le modèle 'fonctionnel' ? », *Gaz. Pal.*, 1981, doct., 1, 2871.
- Destours, S. et Vertut, J.-M.
- « Centrales, super centrales et (re)négociation des accords commerciaux : la puissance de négociation sous surveillance », *Cah. dr. entr.*, 2007, 33, dossier 15.

DIDIER, P.

- « Rapport français : les autorités de régulation nationale de la concurrence » in Association Henri Capitant, *La concurrence*, 2010, Société de législation comparée, p. 629

DIENY, E.

- « Accords de distribution : d'un règlement à l'autre, les principaux changements à retenir », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, 5151, p. 44 et s.

DISSAUX, N.

- « L'annulation d'un contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité de l'activité entreprise », *D.*, 2011, p. 3052.
- « La commission-affiliation : un monstre juridique ? », *RTD com.*, 2011, 11, p. 33 et s.
- « Le document d'information précontractuel », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 19 et s.
- « Réalisme et idéalisme dans l'appréciation de la validité d'une clause de non-réaffiliation », *JCP E*, 2013, 1037.

-
- « La protection du franchisé eu début du XXe siècle : pour qui ? pour quoi ? comment ? » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 47 et s.
- DONDERO, B.**
- « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, 2012, 1671.
- DREIFUSS-NETTER, F.**
- « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, p. 369.
- DUMEZ, H. ET JEUNEMAÎTRE, A.**
- « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence », *RID éco.*, 1999, 11, T. XIII, p. 11 et s.
- DUMONT-LEFRAND, M.-P.**
- « Bail commercial et droit de la distribution », *RTD com.*, 2003, p. 43.
- DURAND, P. ET LATSCHA, J.**
- « Le franchising », *JCP CI*, 1970, 87634.
- DURRANDE, S.**
- « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *D.*, 1984, chron., p. 187.
- FABRE, R.**
- « L'autonomie du fonds de commerce du franchisé », *JCP E*, 2002, 55, Cah. dr. entr., p. 24 et s.
 - « La clientèle dans la franchise », *JCP E*, 1996, 33, Cah. dr. entr., p. 17 et s.
 - « La franchise, un ménage à trois », *JCP E*, 1999, 55, Cah. dr. entr., p. 26.
- FABRE, R. ET DANY, M.**
- « Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise », *D.*, 2003, p. 195.
- FAGES, B. ET MESTRE, J.**
- « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.*, 1998, p. 71.
- FASQUELLE, D.**
- « Concurrence déloyale et obligation de non-concurrence », *JCP E*, 2000, p. 175.
- FERRÉ, D.**
- « Bilan 2005-2006 des décisions rendues en matière de pratiques restrictives : quels enseignements tirer des rapports présentés à la CEPC ? », *Contrats, conc. consom.*, 2007, 44, étude 6.
- FERRÉ, D. ET PIHÉRY, R.**
- « Pratiques restrictives de concurrence : étude du bilan de la CEPC », *Contrats, conc. consom.*, 2011, étude 1.
- FERRIER, D.**
- « Concurrence – Distribution (janvier 2006-décembre 2006) », *D.*, 2007, p. 1911.
 - « Concurrence – Distribution (janvier 2007-décembre 2007) », *D.*, 2008, p. 2193.
 - « Concurrence – Distribution (janvier 2008-juin 2009) », *D.*, 2009, p. 2888.

- « Concurrence – Distribution (janvier 2011-décembre 2011) », *D.*, 2012, p. 577.
- « Concurrence – Distribution (janvier 2012-décembre 2012) », *D.*, 2013, p. 732.
- « Concurrence – Distribution (juillet 2009-décembre 2010) », *D.*, 2011, p. 540.
- « Concurrence – Distribution (panorama 2004) », *D.*, 2005, p. 148.
- « Concurrence – Distribution (panorama 2005) », *D.*, 2006, p. 512.
- « Conditions dans lesquelles le franchisé est propriétaire du fonds de commerce et donc titulaire d'un bail commercial », *D.*, 1997, p. 57 et s.
- « Franchise industrielle », *Cah. dr. entr.*, 1989, 11, p. 47.
- « L'intérêt commun dans le contrat de concession », *Cah. dr. entr.*, 1979, 66, p. 12.
- « La coexistence des canaux de distribution », *Concurrence et consommation*, 2001, 121121, p. 16.
- « La distribution sélective dans le cadre du nouveau Règlement n° 330-2010 », *JCP E*, 2011, 33, 1029.
- « La distribution sur Internet », *JCP G*, 2000, 3030, p. 12.
- « La rupture du contrat de franchisage », *JCP CI*, 1977, II, p. 12441 et s.
- « Les effets cumulatifs de réseaux au regard des restrictions verticales de concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1999, 55, p. 7 et s.
- « Les nouvelles règles du (dé)référencement », *JCP E*, 1996, 4646, p. 6.
- « Franchise et savoir-faire » in *Mélanges Jean-Jacques Burst*, 1997, Litec, p. 157 et s.
- « L'information du candidat à la franchise la loi « Doubin » : bilan et perspectives » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 77 et s.
- « La considération juridique du réseau » in *Mélanges Christian Mouly*, 1998, Litec, p. 95 et s.
- « La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels » in *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, Litec, p. 187 et s.
- « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, P.U.A.M., p. 47 et s.
- « Les gérants de succursales » in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, 1992, Litec, p. 47 et s.

FERRIER, D. ET FERRÉ, D.

- « La réforme des pratiques commerciales », *D.*, 2008, p. 2234.

FERRIER, N. ET SAUTONIE-LAGUIONIE, L.

- « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », *RTD civ.*, 2011, 22, p. 225.

FERRIER, N.

- « A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail. Une pierre dans un « jardin à la française » », *D.*, 2008, p. 2011.

FERRY, N. ET MOMÈGE, C.

- « L'émergence des super-centrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ? », *JCP E*, 1985, 14441.

FONTAINE, F.

- « La dominance collective : mythes et réalité », *JCP E*, 2006, 2153.

FORT-CARDON, E.

- « Usage illicite d'une marque : commercialisation par un revendeur non agréé de produits revêtus de la marque d'un fabricant, promoteur d'un réseau de distribution sélective », *D.*, 1994, p. 318.

FOURGOUX, J.-L.

- « La rupture des relations commerciales ou l'influence de l'ordre public de protection sur le droit des contrats », *Concurrences*, 2009, 22, n° 25838.
- « Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? », *Contrats, conc. consom.*, 2006, 1212, 26.
- « Revente hors réseau et internet », *Rev. Lamy dr. immatériel*, 2008, 3737, p. 26.
- « Sur une autorité de concurrence moderne ? », *RJ com.*, 2008, 44, p. 251 et s.

FOURNIER, F.

- « L'équilibre des réseaux de franchise de parfumerie de luxe : d'un équilibre menacé à l'équilibre nécessaire », *D.*, 2002, p. 793.

FOX, E.

- « The Battle for the Soul of Antitrust », *California Law Review*, 1987, 7575, p. 917.

FRANCESCHELLI, R.

- « Concurrence, monopole et formes de maché au point de vue juridique », *RTD com.*, 1967, p. 667 et s.

FRANÇON, A.

- « La protection de la marque » *in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 89 et s.

FRÉSY, A. ET GUYENOT, J.

- « Les aspects juridiques de la pratique, nationale et internationale du contrat de savoir-faire », *LPA*, 1985, 6 sept.

FRISON-ROCHE, M.-A.

- « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, 33, p. 451.
- « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126.
- « La régulation, objet d'une branche du droit (numéro spécial Droit de la régulation : questions d'actualité) », *LPA*, 2002, 110110, p. 3.
- « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 1997, art. 172.
- « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel » *in L'ordre concurrentiel*, 2003, Frison-Roche, p. 223 et s.

FULCONIS, F.

- « Les « structures en réseau » : nouvelle forme de concurrence ? » *in* Jackie (dir.) Krafft, *Le processus de concurrence*, 1999, Economica, p. 203 et s.

GABA, H. K.

- « Statut particulier de gérant salarié : conditions d'application, renonciation et prescription », *D.*, 2009, p. 1251.

GALLEGO, A.

- « La forme du produit, une marque à part ? », *JCP E*, 2006, 1155.

GAST, O.

- « L'affaire Pronuptia ou le monde de la franchise soulagé », *LPA*, 1986, 5252, p. 230.
- « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : « du savoir-faire au savoir-réussir » », *LPA*, 1995, 132132, p. 9 et s.
- « Spécificité de l'idée commerciale et agissements parasitaires », *LPA*, 1993, 125125, p. 12 et s.

GAST, O. ET DOUCET, J.-P.

- « De la concession à la franchise », *LPA*, 1982, doct., p. 24.

GAST, O. ET RENAUD, O.

- « Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ? », *LPA*, 2001, 167167, p. 4.

GASTINEL, E.

- « Le conseil de la concurrence sauve la franchise commerciale », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 1016 et s.
- « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles : obligation de non-concurrence et de confidentialité » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, P.U.A.M., p. 197 et s.

GERBER, D.

- « Law and the Abuse of Economic Power in Europe », *Tulane Law Review*, 1987, 6262, p. 57 et s.

GHESTIN, J.

- « Chronique de droit des obligations », *JCP G*, 2005, I, 194.
- « Chronique de droit des obligations », *JCP G*.
- « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.*, 1981, 2, doct., p. 379 et s.
- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, p. 1.
- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP*, 1992, I, 3628.
- « Nouvelles propositions sur un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777.
- « Le mandat d'intérêt commun » in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, 1991, Joly-Litec, p. 105 et s.

GLAIS, M.

- « Chronique de la concurrence – L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence) », *Revue d'économie industrielle*, 1994, vol. 68, p. 81.
- « L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : analyse économique », *Gaz. Pal.*, 1989, 1, doct., p. 290 et s.
- « La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir », *Contrats, conc. consom.*, 2006, 1212, p. 18 et s.
- « Les concepts de relevant market et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome », *Rev. Marché commun*, 1987, p. 203 et s.

GOMY, M.

- « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, 2006, Dalloz, p. 199 et s.

GOURNAY, G.

- « Rupture fautive d'un contrat de distribution et pratiques anticoncurrentielles », *Dr. et patr.*, 2003, 116116, p. 65.

GRANIER, T.

- « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.*, 1991, p. 358.

GRAS, G.

- « Propos conclusifs », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 53 et s.

GRIDEL, J.-P. ET LAITHIER, Y.-M.

- « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, 2008, I, 143.

GRIGNON, P.

- « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution » in *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, Dalloz-Litec,

GRIMALDI, C.

- « Mandat et courtage » in Nicolas Dissaux, *Le mandat : un contrat en crise ?*, 2011, Economica, p. 79 et s.

GRIZAUT, A.

- « Rupture brutale des relations commerciales : réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *Dr. et patr.*, 2003, 116116, p. 71.

GROLLEMUND-LOUSTALOT-Forest, M.-J.

- « L'obligation d'information entre contractants dans les contrats de distribution », *RJ com.*, 1993, 22, p. 60 et s.

GUELFUCCI-THIBIERGE, C.

- « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275.

GUILLEMAIN, A.

- « La distribution en danger par méconnaissance de la propriété commerciale », *Loyers et copr.*, 1996, p. 1.

GUIU, C. ET TRESSE, M.

- « La protection du réseau de franchise par les droits de propriété industrielle », *D. aff.*, 1999, 170170, p. 1154 et s.

GUYENOT, J.

- « L'immixtion des règles du droit du travail entre concédants et concessionnaires », *Gaz. Pal.*, 1976, 2, doct., p. 457.
- « La franchise commerciale », *RTD com.*, 1973, p. 161.
- « La franchise commerciale : étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires », *RTD com.*, 1973, p. 171.
- « Licensing et Franchising », *Gaz. Pal.*, 1976, 1, doct., p. 155 et s.

- « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée » in Paul Durand, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, 1960, L.G.D.J., p. 235 et s.
- GUYON, Y.**
- « Droit du marché et droit commun des obligations, rapport de synthèse », *RTD com.*, 1998, p. 121.
 - « Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? » in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1978, Litec, p. 3 et s.
- HAERI, K. ET PICHON DE BURY, M.**
- « Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », *Contrats, conc. consom.*, 2010, étude 6.
- HASSLER, T.**
- « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 581 et s.
- HAWK, B. E.**
- « À propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, 2005, 33, p. 33 et s.
- HÉMARD, J.**
- « Les agents commerciaux », *RTD com.*, 1959, p. 573 et s.
- HOËT, P.**
- « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire », *Rev. Marché commun*, 1989, p. 135 et s.
- HONORAT, A.**
- *D.*, 1998, somm., p. 97.
- HUET, M.**
- « Architecture et urbain saisis par le droit d'auteur en France », *RIDA*, 2007, 212212, p. 3 et s.
- IDOT, L.**
- « Concurrence : les clauses de non réaffiliation dans les contrats de franchise de la distribution alimentaire condamnées », *Europe*, 2013, 55, comm. 235.
 - « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP G*, 2001, I, 343.
 - « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *LPA*, 2005, 2222, p. 5.
 - « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel » in *Mélanges Pirovano*, 2003, Frison-Roche, p. 523
 - « La protection par le droit de la concurrence » in Christophe Jamin et Denis Mazeaud, *Les clauses abusives entre professionnels*, 1998, Economica, p. 61 et s.
 - « Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence : à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 109 et s.
- IDOT, L. ; CHAGNY, M. ; MATHEY, N. ; ET AL.**
- « L'année 2012 en droit de la concurrence (Colloque AFEC 28 janvier 2013) », *Cont. conc. consom.*, 2013, 55, p. 7.

IMMENGA, U.

- « La notion de dépendance en droit allemand », *Dr. prat. com. int.*, 1987, p. 723.

IZORCHE, M.-L.

- « Droit du marché et droit commun des obligations, les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.*, 1998, p. 17.
- « Les fondements de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.*, 1998, p. 17 et s.

JACQUEMIN, A.

- « Le droit économique, serviteur de l'économie », *RTD com.*, 1972, p. 182 et s.

JAMIN, C.

- « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*, 2003, 4242, p. 2878 et s.
- « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *LPA*, 1996, 2929, p. 24.
- « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.*, 1997, p. 19.
- « Réseaux de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, I, 3959.
- « Révision et intangibilité », *Dr. et patr.*, 1998, p. 46 et s.
- « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patr.*, 1998, p. 46.
- « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Contrats, conc. consom.*, 1996, 9292, p. 7.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Etudes offertes à J. Ghestin*, 2001, L.G.D.J., p. 441 et s.

JAUNET, V.

- « Publication par l'Autorité de la concurrence de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 22, p. 3.

JAUNET, V. ; SARRAZIN, E. ET KERBRAT, N.

- « Lignes directrices de l'ADLC relatives au contrôle des concentrations : panorama des principales décisions », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 77, p. 10.

JEAMMAUD, A.

- « L'assimilation de franchisés aux salariés », *Dr. soc.*, 2002, 22, p. 158.

JÉOL, M.

- « La protection des réseaux de distribution sélective : faut-il désespérer de la justice ? », *JCP E*, 1992, I, p. 3588.

JOURDAIN, P.

- « Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseaux », *D.*, 1990, chron., p. 43.
- « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 1997, P.U.F.

JOSSEMAND, L.

- « Relativité et abus des droits » in *Evolutions et actualités, conférences de droit civil*, 1936, Sirey, p. 71.

JURIASTI, A. ET DE BROSSES, A.

- « Le préjudice lié à la rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et patr.*, 2003, 116116, p. 65.

KENFACK, H.

- « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *D.*, 2003, p. 2304.
- « Internet, franchise et droit des affaires », *D.*, 2006, p. 1901 et s.
- « Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du code du travail à une relation commerciale », *D.*, 2002, p. 1934.

KOVAR, R.

- « Des licences mixtes de marques et de savoir-faire à la franchise industrielle : la position du droit communautaire de la concurrence », *Cab. dr. entr.*, 1991, 66.

KRIMMER, I.

- « La distribution intégrée à l'épreuve du droit » in Jackie (dir.) Krafft, *Le processus de concurrence*, 1999, *Economica*, p. 252 et s.

LACHIÈZE, C.

- « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E*, 2004, 1815.

LAMANDA, V.

- « Avant-propos (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 7.

LANGLOIS, P.

- « Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », *D.*, 2002, p. 2269.

LASSALAS, C.

- « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », *Dr. et patr.*, 1997, 5151, p. 61.

LASSERRE, B.

- « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voute d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace », *RJ com.*, 2009, 22, p. 96.

LAURENT, P.

- « La légitimité communautaire de la franchise », *Gaz. Pal.*, 1986, doct., p. 172 et s.

LE CANNU, P.

- « L'abus de minorité », *Bull. Joly Sociétés*, 1986, p. 429.

LE FLOCH, P.

- « Propriété commerciale et distribution intégrée » in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle : Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, 1997, Dalloz, p. 405 et s.

LE STANC, C.

- « Pour en finir avec le parasitisme... Mais y parviendra-t-on ? », *Propr. industr.*, 2010, 66, p. 1.

LE TOURNEAU, P.

- « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 2, p. 8 et s.
- « Le franchisage », *JCP CI*, 1980, II, 13362.
- « Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, p. 310.
- « Liberté, égalité, fraternité dans le droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 1991, doct., p. 348.
- « Retour sur le parasitisme », *D.*, 2000, chron., p. 403.
- « Le parasitisme » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 69 et s.

LEBOIS, A.

- « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G*, 2008, I, 210.

LECOURT, A.

- « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », *D.*, 2004, p. 623 et s.

LEGEAIS, D.

- « La franchise », *JCP N*, 1992, 100982.

LÉGER, N.

- « La requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail en l'absence de tout lien de subordination », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, 2001, 33.

LELOUP, J.-M.

- « Chronique : Droit de la distribution », *RJ com.*, 2011, 22, p. 171.
- « L'intérêt collectif dans les réseaux », *Cab. dr. entr.*, 1979, 66, p. 6.
- « La définition du contrat de franchise », *Cab. dr. entr.*, 1980, 55, p. 49.
- « Les clauses d'approvisionnement exclusif – droit d'origine interne et communautaire », *D. aff.*, 1999, p. 1166.
- « L'agence commerciale en Europe » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 19 et s.
- « La création de contrats par la pratique commerciale » in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1985,
- « Le partage de marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution » in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1978, Librairies Techniques, p. 956

LEVASSEUR, A.

- « Ateliers de la concurrence de la DGCCRF : Entente ou abus de position dominante collective ? », http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer3.htm.
- « Rapport général : la concurrence déloyale » in Association Henri Capitant, *La concurrence*, 2010, Société de législation comparée, p. 25

LEVENEUR, L.

- « Contrat de franchise : les conditions habituelles de validité d'une clause de non-concurrence se doublent de conditions liées à la réglementation des ententes », *JCP E*, 2000, p. 1429.

- « Contrats : clause d'exclusivité, concession exclusive », *Contrats, conc. consom.*, 1998, 44, p. 8.

LICARI, F.-X.

- « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale à une indemnité de fin de contrat, au concessionnaire et au franchisé », *RLDA*, 1997, 1313, p. 93 et s.
- « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses « déraisonnables » ou « abusives » dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes » in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, 2008, Dalloz, p. 655 et s.

LOHOUES-OBLE, J.

- « La dévaluation du franc CFA et les contrats en cours » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 135 et s.

LOIR, R.

- « Les prévisionnels : le point de vue du juriste » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 97 et s.

LUCAS DE LEYSSAC, C.

- « Ateliers de la concurrence de la DGCCRF : La position dominante collective – Présentation », 2001, http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer2.htm.
- « Transparence, dépendance et partenariat », *LPA*, 1996, 2929, p. 5.
- « Rapport général : les autorités de régulation nationale de la concurrence » in Association Henri Capitant, *La concurrence*, 2010, Société de législation comparée, p. 531

LUCAS DE LEYSSAC, C. ET CHAGNY, M.

- « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, 2009, 33, p. 1268.

LUCAS DE LEYSSAC, C. ET PARLÉANI, G.

- « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat » in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Etudes offertes à J. Ghestin*, 2001, L.G.D.J., p. 602 et s.

LYON-CAEN, G.

- « Les clauses restrictives de la liberté du travail (Clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage) », *Dr. soc.*, 1963, p. 88.

MACCIONI, H.

- « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP G*, 1996, I, 3934.

MAGENDIE, J.-C.

- « Avant-propos (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 10.

MAINGUY, D.

- « Contrat cadres : clause de prix de revente imposé », *JCP G*, 1998, II, 10110.
- « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E*, 2002, 1729.
- « Premier regard sur l'abus de droit dans les contrats », *Cah. dr. entr.*, 1998, 66, p. 1 et s.

- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats » in *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, Dalloz-Litec, p. 165

MAINGUY, D. ET RESPAUD, J.-L.

- « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », *Contrats, conc. consom.*, 2003, chron. 4.
- « À propos du contrat de « commission-affiliation » » in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, 2008, Dalloz,

MAINGUY, D. ; RESPAUD, J.-L. ET CADORET, V.

- « Le contrat de franchise, panorama de jurisprudence (2003-2005) », *LPA*, 2006, 4848, p. 3.

MAINGUY, D. ; RESPAUD, J.-L. ET DESTOURS, S.

- « Chroniques de droit de la distribution », *JCP E*.
- « Droit de la distribution (chronique) », *JCP E*, 2009, 1479.
- « Droit de la distribution (chronique) », *JCP E*, 2008, 1638.

MALAUURIE-VIGNAL, M.

- « Cessation du contrat de franchise et restitution des signes distinctifs », *Contrats, conc. consom.*, 2011, 66, p. 44.
- « Droit civil des contrats et droit de la concurrence à l'aube de l'an 2000 », *Cont. conc. consom.*, 2000, 11.
- « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.*, 1995, p. 51.
- « Étude du Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 88, étude 9.
- « Intuitus personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP E*, 1998, p. 260.
- « L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? », *Contrats, conc. consom.*, 2006, 66, étude 10.
- « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.*, 1997, p. 207 et s.
- « Le nouveau règlement sur les restrictions verticales est arrivé ! », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 77, p. 1 et s.
- « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc. consom.*, 2008, 1111, dossier 5.
- « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », *D.*, 1996, chron., p. 177 et s.
- « Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents », *Cont. conc. consom.*, 2003, 33.
- « Logique économique et logique juridique », *Cont. conc. consom.*, 2005, 1111, étude 20.
- « Parasitisme et notoriété d'autrui », *JCP G*, 1995, I, 3888.
- « Position dominante : à quelles conditions un distributeur en position dominante peut-il cesser de s'approvisionner auprès de l'un de ses fournisseurs habituels », *Contrats, conc. consom.*, 1998, 88, p. 12.
- « Réflexions autour de l'avis n° 10-A- 26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire », *Contrats, conc. consom.*, 2011, 22, étude 3.
- « Réflexions entre les liens existant entre urbanisme commercial, contrôle des structures et protection de la concurrence », *D.*, 2012, p. 691.

- « Sur les aspects concurrentiels du projet de loi de modernisation de l'économie », *Contrats, conc. consom.*, 2008, 77, p. 1.
- MALAUURIE-VIGNAL, M. ET REBOUL, N.**
- « Chronique de droit de la concurrence », *LPA*.
- MALLET-POUJOL, N.**
- « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, p. 330.
- MANARA, C.**
- « Comment un distributeur peut-il exercer son activité sur le Web ? Eléments de réponse », *D. aff.*, 2000, p. 287.
 - « Vers la licéité de la revente sur le Web par un distributeur agréé », *D. aff.*, 2000, p. 93.
- MANGIN, D.**
- « La rue en toutes franchises », *Pouvoirs*, 2006, 116116, p. 131 et s.
- MARMUSE, C.**
- « Le corbeau et le renard... ou le paradoxe des relations entre fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ? », *LPA*, 1996, 2929, p. 16.
- MARCHESSAUX, I.**
- « L'opposabilité du contrat aux tiers » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, 1992, L.G.D.J.,
- MAROT, Y.**
- « Enfin un premier arrêt de la Cour d'appel sur la loi Doubin ! », *LPA*, 1993, 145145, p. 17.
 - « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », *LPA*, 1994, 9292, p. 26.
 - « La collaboration entre franchiseur et franchisé », *LPA*, 2000, 174174, p. 4.
 - « Les relations franchiseur-franchisé : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », *LPA*, 1999, 2626, p. 16.
 - « Prolongement de l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 février 1998 sur l'information précontractuelle en matière de contrat de franchise », *D.*, 1999, p. 431.
- MARTIN, D. R.**
- « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La Vie Judiciaire*, 1992, 23922392.
- MARTY, F. ET PILLOT, J.**
- « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2011, 44, T. L, p. 197 et s.
- MASON, E.**
- « Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise », *American Economic Review*, 1939, 2929, p. 61 et s.
- MATHEY, N.**
- « Nouvelles précisions sur la notion de relations commerciales établies », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 44, comm. 94.

MAUGER-VIELPEAU, L.

- « Responsabilité du franchiseur et du franchisé pour troubles anormaux du voisinage », *JCP G*, 1998, II, 10057.

MAYMON-GOUTALOU, M.

- « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.*, 1982, p. 534.

MAZEAUD, D.

- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 1998, 5454, p. 8.
- « Durées et ruptures », *RDC*, 2004, 11, p. 129 et s.
- « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, p. 95.
- « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. et patr.*, 1996, 4040, p. 44.
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, 1010, p. 295.
- « Le réduction des obligations contractuelles », *Dr. et patr.*, 1998, 33, p. 58.
- « Les groupes de contrats », *LPA*, 2000, p. 64.
- « Rapport de synthèse », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 56 et s.
- « Un petit plomb dans l'aile du solidarisme contractuel... », *D.*, 2003, p. 93.
- « La protection par le droit commun » in Christophe Jamin et Denis Mazeaud, *Les clauses abusives entre professionnels*, 1998, Economica,
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-P.U.F.-Juris-Classeur, p. 603 et s.

MAZEAUD, H.

- « « L'absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.*, 1935, 33, p. 5.
- « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », *D.*, 1954, chron. 39.

MEESE, A.

- « Price Theory and Vertical Restraints : A Misunderstood Relation », *UCLA L. Rev.*, 4545, p. 143.

MEFFRE, J.-M. ET KOUCHNIR-CARGILL, N.

- « Pratique, distribution, rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi, 1ère partie : conseils à l'auteur de la rupture », *Dr. et patr.*, 2003, 121121, p. 40.
- « Pratique, distribution, rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi, 2e partie : conseils à la victime de la rupture », *Dr. et patr.*, 2004, 122122, p. 34.

MEILLER, E.

- « L'universalité de fait », *RTD civ.*, 2012, p. 651 et s.

MÉRESSE, S.

- « Le document d'information précontractuel », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012

hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 23 et s.

MERLE, P.

- « L'abus de minorité », *RJ com.*, 1991, spécial spécial, p. 81.

MESTRE, J.

- « 36^o le matin ou de la brutalité dans les relations commerciales », *D. aff.*, 1999, p. 1143.
- « Abus de dépendance économique et lien contractuel », *RTD civ.*, 1989, p. 535.
- « De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat », *RTD civ.*, 1994, p. 349.
- « Le juge et le contenu du contrat », *RTD civ.*, 1986, p. 345.
- « Regain de faveur pour l'article 1165 du Code civil », *RTD civ.*, 1993, p. 122 et s.
- « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1985, P.U.F., p. 41
- « L'ordre public dans les relations économiques » in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, 1996, Dalloz, p. 33
- « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine » in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, 1991, Dalloz,
- « Rapport de synthèse » in Christophe Jamin et Antoine Mazeaud, *Les clauses abusives entre professionnels*, 1998, Economica, p. 357
- « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution » in *La cessation des contrats d'affaires*, 1997, P.U.A.M., p. 13

MESTRE, J. ET FAGES, B.

- « Chronique de droit des obligations », *RTD civ.*
- « Droit du marché et droit commun des obligations, l'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.*, 1998, p. 71.

MEUNIER-CŒUR, I.

- « Jingle in the jungle », *Propr. industr.*, 2008, 22, alerte 17.

MONÉGER-DUPUIS, A.-L.

- « Relations entre la clause d'enseigne, la franchise et le bail commercial », *D. aff.*, 2000, p. 399.

MONGOUACHON, C.

- « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011, 44, p. 70 et s.

MONTEIRO, J. ET RUZEK, V.

- « L'usage du signe à des fins autres que celle de distinguer les produits et services d'un opérateur économique », *Propr. industr.*, 2007, 44, étude 9.

MONTELS, B.

- « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, 2002, p. 417.
- « La violence économique, illustration du contrat entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, 2002, p. 417.

MONTET, C. ET VENAYRE, F.

- « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Rev. Lamy conc.*, 2004, 11, p. 174 et s.

MOREAU

- « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *Dr. et patr.*, 1999, 6969, p. 56 et s.

MORYOUCHEF, H.

- « Les prévisionnels : le point de vue de l'expert comptable » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 89 et s.

MOURALIS, J.-L.

- « La protection des méthodes de commercialisation et de publicité », *Dr. et patr.*, 1998, p. 66.

MOURY, J.

- « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, 2000, chron., p. 382.

MOUSSERON, J.-M.

- « Entreprise, parasitisme et droit », *Cah. dr. entr.*, 1992, 66, p. 15.
- « Le bonheur retrouvé de la distribution sélective », *RJDA*, 1993, 11, p. 7.
- « Valeurs, biens et droit » in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, 1991, Dalloz, p. 277 et s.

MOUSSERON, J.-M. ET FABRE, R.

- « La loi du 21 mars 1941 : une loi en expansion », *Cah. dr. entr.*, 1978, 22, p. 4.

MOUSSERON, J.-M. ET SEUBE, A.

- « Le contrat d'assistance et de fourniture », *D.*, 1973, p. 197.

NEAU-LEDUC, P.

- « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah. dr. entr.*, 1998, 22.
- « Le e-commerce ou l'entreprise dématérialisée », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2011, 5757, p. 66.

NUMA, G.

- « Note sur le monopole naturel et le monopole pratique chez J. S. Mill », *Rev. éco.*, 2010, 22, vol. 61.

OLSON

- « La théorie des transactions informelles, une synthèse », *Economie et société, série Sciences de Gestion*, 1515, p. 43.

OPPETT, B.

- « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241.

ORBACH, B.

- « Antitrust Vertical Myopia : The Allure of High Prices », *Arizona L. Rev.*, 5050, p. 261.

OSTER, T.

- « Prise de contrôle dans les réseaux de distribution : entre pouvoir et influence », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2011, 5858, p. 31.

OUDIN, M.

- « Rupture brutale de relations commerciales établies : le juge et les attentes légitimes des parties », *RJDA*, 2011, 11, p. 3.

OXENFELDT, A. R.

- « Franchising in perspective », *Journal of Retailing*, 1968, 4444.

PAILLUSSEAU, J.

- « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD com.*, 1989, p. 1.

PALOMINO, F.

- « Aspects économiques du contrôle des concentrations : ce que nous indiquent les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence par rapport à l'approche communautaire », *Rev. Lamy conc.*, 2010, 2323, p. 9.

PARLÉANI, G.

- « Référencement et dépendance », *LPA*, 199§, 2929, p. 11.
- « Les clauses d'exclusivité » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, 1990, P.U.A.M.,
- « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, in Aspects actuels du droit des affaires » in *Mélanges Y. Guyon*, 2003, Dalloz, p. 881 et s.

PASSA, J.

- « Les conditions générales d'une atteinte au droit sur une marque », *Propr. industr.*, 2005, 22, étude 2.
- « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.*, 2000, chron., p. 297.

PÉDAMON, M.

- « Le contrat cadre de distribution : Enjeux et perspectives », 1996, Colloque CREDA.
- « Les abus de domination », *Cab. dr. entr.*, 1987, 22, p. 28.
- « Les abus de puissance d'achat en France », *RID comp.*, 1987, spécial spécial, p. 579.

PELIKÁNOVÁ, I.

- « Les contrats de distribution dans les pays de l'Est : l'exemple de la République tchèque » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 129 et s.

PÉNARD, T. ; RAYNAUD, E. ET SAUSSIER, S.

- « Théorie des contrats et réseaux de franchise », *RFE*, 2004, 44, vol. XVIII, p. 151.

PÉROCHON, F.

- « L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987 », *Cab. dr. entr.*, 1987, 66, p. 4.
- « Responsabilité et dépendance économique : tendance récentes en faveur des distributeurs », *Cab. dr. entr.*, 1989, 44, p. 165.

PERROT, R.

- « Chose jugée : l'efficacité de la chose jugée à l'égard des tiers », *RTD civ.*, 2007, 22, p. 383.

PERUZZETTO, S.

- « La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et communautaire » in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, 1996, Montchrestien, p. 27 et s.

PESKINE, E.

- « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *Rev. trav.*, 2008, 66, p. 371.

PETTIT, S.

- « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 2008, 188188, p. 33 et s.

PHILIPPE, J.

- « Abus de puissance d'achat et accès aux linéaires de la grande distribution » in CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/conquete-clientele-actes.pdf>,

PHILIPPE, J. ; JANSSENS, T. ; ALDUY, A. ; ET AL.

- « Note sous Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 », *Gaz. Pal.*, 2008, 356356, p. 12 et s.

PICHON DE BURY, M. ET MINET, C.

- « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6-I-1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME », *Contrats, conc. consom.*, 2008, 1212, p. 13.

PICOD, Y.

- « Clauses abusives », *Dr. et procéd.*, 2011, 22, cah. Droit de la consommation, p. 2 et s.
- « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 359 et s.
- « Droit de la distribution et droit des contrats », *Petites Affiches*, 2005, 130130, p. 19 et s.
- « Droit du marché et droit commun des obligations, rapport introductif », *RTD com.*, 1998, p. 1.
- « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1988, I, 33318.
- « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994, I, 349.
- « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP G*, 1990, I, 3447.
- « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *Contrats, conc. consom.*, 2008, étude 12.
- « Réplique sismique sur les clauses de non-concurrence : extension de l'exigence de contrepartie par la chambre commerciale », *D.*, 2011, p. 1261.
- « Concurrence déloyale et intervention fautive sur le marché » in *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, Litec, p. 421 et s.
- « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat » in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, P.U.A.M., p. 57
- « Rapport français : la concurrence déloyale » in Association Henri Capitant, *La concurrence*, 2010, Société de législation comparée, p. 151
- « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », in *La concurrence déloyale*, Dalloz, 2011, p. 11 et s.

PICOD, Y. ; AUGUET, Y. ; DORANDEU, N. ; ET AL.

- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme (mai 2009-septembre 2010) », *D.*, 2010, p. 2540.

PICOD, Y. ; AUGUET, Y. ; DORANDEU, N. ; ET AL.

- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme (janvier 2008-avril 2009) », *D.*, 2009, p. 1441.
- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme (panorama 2005-2006) », *D.*, 2006, p. 2923.

PICOD, Y. ; AUGUET, Y. ; GOMY, M. ; ET AL.

- « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme (septembre 2006-novembre 2007) », *D.*, 2008, p. 247.

PIGASSOU, P.

- « La distribution intégrée », *RTD com.*, 1980, p. 506.
- « La distribution sélective », *JCP E*, 1985, II, 14423.

PINEAU, N.

- « Abus de puissance d'achat et accès aux linéaires de la grande distribution » in CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, <http://www.creda.cci.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/conquete-clientele-actes.pdf>,

PIRONON, V.

- « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 2011, 199199, p. 3.

PIROVANO, A.

- « La concurrence déloyale en droit français », *RID comp.*, 1974, p. 467.
- « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, chron., p. 67.

PIROVANO, A. ET SALAH, M.

- « L'abus de dépendance économique, une notion subversive ? », *LPA*, 1990, 114 et 115114 et 115.

PLAISANT, R.

- « L'évolution de l'action en concurrence déloyale » in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1987, p. 775

POLSKY, L. H. ET GOLDMAN, S. M.

- « Electronic Communications in an International Franchise Network », *International Business Lawyer*, 1997, 55, p. 211.

PONSARD, M.

- « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Cont. conc. consom.*, 2013, 55, dossier 4.

PORACCHIA, D.

- « La protection juridique des secrets de l'entreprise », *Dr. et patr.*, 2000, p. 20.

RAUD, N. ET NOTTÉ, G.

- « Les pratiques de la grande distribution alimentaire stigmatisées », *JCP E*, 2010, 5050, p. 3.
- « Nouveau règlement d'exemption par catégorie des restrictions verticales (Règlement numéro 330/2010, 20 avril 2010) », *Contrats, conc. consom.*, 2010, 66, p. 38 et s.

RAYNARD, J.

- « Les restitutions dans les contrats de distribution » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, P.U.A.M., p. 179 et s.
- « Retour sur le savoir-faire non breveté » in *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, Litec, p. 447 et s.

RAYNARD, J. ; ANDRÉ, M.-E. ; BORIES, A. ; ET AL.

- « Technique contractuelle (chronique) », *JCP E*, 2006, 2064.

RAYNARD, J. ; ANDRÉ, M.-E. ; BORIES, A. ; ET AL.

- « Technique contractuelle (chronique) », *JCP E*, 2005, 446.

RAYNAUD, E.

- « Éléments d'analyse économique » in Nicolas Dissaux et Romain Loir, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalités et illusions*, 2009, L'Harmattan, p. 7 et s.

RAYNAUD, J.

- « Propriété commerciale et statut des baux commerciaux : la franchise sort du coma », *AJDI*, 2001, p. 581.

REBOUL, N. ET ETNER, L.

- « Droit de la concurrence, chronique numéro V », *LPA*, 2000, 5656, p. 11 et s.

REGNAULT, S.

- « Guide de la rupture des relations commerciales établies », *RLDC*, 2008, 4545, p. 75.

RETERER, S.

- « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre les fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.*, 2003, p. 1210.

REVEY, T.

- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, 44, p. 579.
- « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.
- « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1996, 11, p. 195 et s.

RICHARD, S.

- « Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement », *Cah. dr. entr.*, 2010, 44, p. 52 et s.

RICHER, L.

- « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », *D.*, 1999, p. 523 et s.

RIEM, F.

- « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *Rev. Lamy conc.*, 2009, 2121, p. 31.

RIPERT, G.

- « L'ordre économique et la liberté contractuelle » in *Mélanges Gény*, 1934, p. 347.

RIVKINE, J.

- « La franchise : lignes directrices d'un régime toujours plus séduisant mais rigoureux », *Lexbase Hebdo - Edition Affaires*, 2011, 242242.

RIVOAL, O.

- « La dépendance économique en droit du travail », *D.*, 2006, p. 891.

ROBLOT, R.

- « Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial français » *in Mélanges Voirin*, 1966, p. 710.

ROCHFELD, J.

- « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.*, 2001, p. 671.

ROTONDI

- « La nature juridique de l'achalandage », *Ann. dr. com.*, 1930, p. 137.

ROUBIER, P.

- « Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.*, 1952, p. 161.
- « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.*, 1935, p. 251 et s.
- « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD com.*, 1948, p. 541.

ROUSSILLE, M.

- « Cessions d'actions : le rachat d'un engagement de non-concurrence ne met pas fin à la garantie d'éviction », *JCP E*, 2010, n° 15, p. 33.

SABIRAU-PEREZ

- « Le rôle de la clientèle dans le fonds de commerce », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., p. 1313 et s.

SAINT-ALARY

- « Problèmes acides du franchising », *Cah. dr. entr.*, 1972, 22, p. 35 et s.

SAINT-ESTEBEN, R.

- « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, 33, p. 1275.

SAINT-GAL, Y.

- « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », *RIPIA*, 1956, p. 37 et s.

SAVATIER, R.

- « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1933, p. 525 et s.
- « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français » *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, Dalloz-Sirey, p. 559 et s.
- « La théorie de l'imprévision dans les contrats » *in Etudes de droit contemporain, Contribution française au IIIe et IVe Congrès internationaux de droit comparé*, 1959, p. 203

SCHMIDT-SZALEWSKI, J.

- « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.*, 1994, p. 455.

SÉLINSKY, V.

- « Les mutations du droit procédural de la concurrence », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, 4646, p. 75.

SELINSKY, V. ; FERRIER, D. ET MOUSSERON, J.-M.

- « Le mort saisit le vif : Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *JCP E*, 1987, II, 14840.

SÉLINSKY, V. ET MONTET, C.

- « États-Unis : Revirement de jurisprudence sur les prix minima de revente imposés », *Rev. Lamy conc.*, 2007, 1313, p. 14 et s.

SÉNÉCHAL, J.

- « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », *D.*, 2010, p. 1000.

SERGENT, F.

- « Le développement international des réseaux : point d'actualité et perspectives », *Cah. dr. entr.*, 2010, 44, p. 61 et s.

SERRA, Y.

- « Concurrence déloyale et droit commun de la responsabilité civile », *D. aff.*, 2000, p. 625.
- « Droit de la concurrence, liberté d'établissement et détournement de clientèle », *LPA*, 1986, 9191, p. 11.
- « Droit du marché et droit commun des obligations, les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.*, 1998, p. 7.
- « La clientèle », *Dr. et patr.*, 1996, doct., p. 64.
- « La validité de la clause de non-concurrence (De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise) », *D.*, 1987, chron., p. 113 et s.
- « La validité de la clause de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire relative aux ententes », *D.*, 1993, chron., p. 51.
- « Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.*, 1998, p. 7.
- « La protection du patrimoine intellectuel de l'entreprise : obligation de non-concurrence et autres clauses contractuelles » in *Informatique et droit du travail*, 1986, p. 165 et s.

SERRA, Y. ; IZORCHE, M.-L. ET PICOD, Y.

- « Concurrence interdite et concurrence déloyale », *D. aff.*, 2000, p. 311.

SEUTET, E.

- « Les clauses postcontractuelles de non-concurrence et de non-affiliation », *D. aff.*, 1999, 170170, p. 1157 et s.

SHAMING, B.

- « Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée », *Cah. dr. entr.*, 1992, oct., p. 20.

SIMON, F.-L.

- « Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.*, 2010, 44, p. 20 et s.

- « Franchise et procédures collectives (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 97.
- « Identification du contrat de franchise et champ d'application de la loi Doubin (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 9.
- « Introduction (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 8.
- « Introduction (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 10.
- « Introduction (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 7.
- « Introduction (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 12.
- « L'exécution du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 27.
- « L'exécution du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 44.
- « L'exécution du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 22.
- « L'exécution du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 36.
- « L'extinction du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 45.
- « L'extinction du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 35.
- « L'extinction du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 65.
- « L'extinction du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 55.
- « L'identification du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 13.
- « L'identification du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 11.
- « L'identification du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 9.
- « La circulation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 90.
- « La circulation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 30.
- « La circulation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 49.
- « La circulation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 38.
- « La formation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 22.
- « La formation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 15.
- « La formation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 23.

- « La formation du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 15.
- « Le contentieux du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2009, 227227, p. 106.
- « Le contentieux du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 63.
- « Le contentieux du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 79.
- « Le contentieux du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 50.
- « Le contrat de franchise et les procédures collectives (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2008, 243243, p. 77.
- « Le contrat de franchise et les procédures collectives (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2007, 229229, p. 59.
- « Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi », *LPA*, 2009, 145145, p. 8 et s.
- « Procédures collectives (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », *LPA*, 2006, 224224, p. 47.

STARCK, B.

- « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP*, 1954, I, doct., 1180.

STEINER, R. L.

- « The Nature of Vertical Restraints », *Antitrust Bulletin*, 1985, vol. XXX, p. 143.

STOFFEL-MUNCK, P.

- « La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence », *Comm. com. électr.*, 2006, 22, comm. 26.

STUYCK, J.

- « La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs » in Yves Serra et Jean Calais-Auloy, *Concurrence et consommation*, 1994, Dalloz,

SUPIOT, A.

- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131.

TERNEYRE, P.

- « Sur les incohérences, effets pervers et failles de certaines dispositions du droit de l'urbanisme commercial », *LPA*, 1996, 6868, p. 24 et s.

TEYSSIÉ, B.

- « Les clauses de résiliation et de résolution », *Cab. dr. entr.*, 1975, 11, p. 13 et s.
- « Le droit social est-il adapté aux nouveaux rapports de forces ? » in *Concurrence et distribution, XIIIe Journées d'actualité du droit de l'entreprise*, 1981, Litec, p. 45

THIEFFRY, P.

- « La franchise la confiance et la raison », *Gaz. Pal.*, 1986, doct., p. 562 et s.

THILL-TAYARA, M. ET COUADOU, C.

- « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des facilités essentielles », *Contrats, conc. consom.*, 1999, 55, p. 4 et s.

THRÉARD, J.

- « Dépendance économique et droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, 1987, 22, p. 20.
- « L'intégration économique du distributeur et le droit », *Gaz. Pal.*, 1979, 2, doct., p. 657.
- « Un nouveau commerçant : le distributeur intégré », *Gaz. Pal.*, 1981, I, doct.I, doct., p. 657.

TIQUANT, O.

- « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 44 et s.

TOULOUSE, G.

- « Le document d'information précontractuel », *Rev. Lamy conc.*, 2012, hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012 hors série actes du colloque « La Franchise : questions sensibles », Cour de cassation, 27 janvier 2012, p. 29 et s.

TOUSSAINT-DAVID, G.

- « Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cah. dr. entr.*, 2010, 44, p. 28.

TRAN THIET, J.-P.

- « La régulation des réseaux et les relations industrie-commerce », *Contrats, conc. consom.*, 1998, 1010, p. 4.

TRICOT, D.

- « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.*, 1996, 11, p. 24.

TRUNC, A.

- « Ebauche du droit des contrats professionnels » in *Etudes Ripert*, 1950, L.G.D.J., p. 136

UTZSCHNEINDER, Y. ET LAMOTHE, A.

- « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, 33, p. 1261.

VABRES, R.

- « La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation », *RTD com.*, 2011, 22, p. 215 et s.

VANARD, J.

- « Desseins européens pour la distribution en ligne », *Rev. Lamy conc.*, 2009, 2121, p. 21.

VERGUCHT, P.

- « La rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RJ com.*, 1997, 44, p. 129.

VIDAL, D.

- « Les clauses de non-concurrence » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, 1990, P.U.A.M.,

VILMART, C.

- « Conséquences de la cession d'un franchiseur sur les contrats des parfumeurs franchisés », *JCP E*, 2004, 1191.
- « La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante », *JCP E*, 2010, 1556.
- « Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », *JCP E*, 2009, 44, p. 20.

VIRASSAMY, G.

- « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989, art. 1er », *JCP E*, 1990, II, 15809.
- « La protection du professionnel dépendant contre les abus de son cocontractant », *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1996, 11, p. 183.
- « La connaissance et l'opposabilité » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, 1992, p. 132.

VOGEL, J.

- « Les clauses de non-concurrence pendant la vie du contrat », *Jurisprudence automobile*, 2012, 839839, p. 15.
- « Négociations tarifaires fournisseurs / grande distribution : comment aborder les négociations 2012 ? », *JCP E*, 2012, 1183.

VOGEL, J. ET VOGEL, L.

- « Le projet français de lignes directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle », *JCP E*, 2003, 444.

VOGEL, L.

- « Concurrence et distribution : la distribution exclusive à l'épreuve de la jurisprudence », *JCP E*, 1992, I, p. 481.
- « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence », *JCP G*, 1992, I, 3550.
- « Concurrence en France : par les prix ou la qualité ? », *Cont. conc. consom.*, 1996, n° 11, p. 496.
- « La dimension communautaire : vers un régime commun du contrat de distribution ? », *JCP G*, 1997, p. 522.
- « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP G*, 1994, I, 3737.
- « Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaider pour un changement », *JCP E*, 1997, I, 713.
- « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Concurrence et consommation*, 2000, p. 7 et s.
- « La qualification des contrats : distribution sélective / exclusive, franchise... où sont les frontières ? », *Concurrences*, 2010, n° 3.
- « Droits de l'Homme et droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz*, 2006, p. 936 et s.
- « Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ? », *JCP E*, 2013, 1212, p. 33.

VOGEL, L. ET BENZONI, L.

- « Les discriminations entre entreprises », *Rev. Lamy conc.*, 2013, 3535, p. 114.

VOGEL, L. ET CANIVET, G.

- « La distribution sélective de produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », *D.*, 1991, p. 283.

VOGEL, L. ET VOGEL, J.

- « Distribution et droit de la concurrence – Avant-propos », *JCP E*, 2012, 1180.
- « Le nouveau droit de la distribution automobile », *RLDA*, 2010, 5252, p. 40.
- « Les rapports producteurs/distributeurs : un nouvel équilibre ? Réforme du droit français de la concurrence par la loi du 1er juillet 1996 », *D. aff.*, 1996, p. 938.
- « Loi Doubin : des certitudes et des doutes », *D. aff.*, 1995, p. 5.

WICKER, G.

- « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC*, 2007, p. 581 et s.

WILHELM, P. ET VEVER, F.

- « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », *Contrats, conc. consom.*, 2007, étude 11.

WILLIAMSON, O. E.

- « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs », *American Economic Review*, 1968, 5858, p. 18 et s.

YEBDRI, A.

- « Appréciation comparée du risque de confusion des marques dans la jurisprudence française et communautaire », *Gaz. Pal.*, 2007, 293293, p. 2.

ZIMMER, C.

- « Le réseau commercial, un mode de distribution à protéger à tout prix », *D. aff.*, 1999, 170170, p. 1152 et s.

ZUBER, C. ET HOLLANDE, A.

- « La commercialisation des fichiers d'adresses ou de clientèle au regard de la législation Informatique et Libertés », *Comm. com. électr.*, 2000, 55, p. 10.

E. Commentaires, notes et observations de jurisprudence

AMIEL-DONAT, J.

- note sous Cass. Soc., 14 mai 1992, *JCP E*, 1992, II, p. 341.
- note sous Cass. Soc., 14 mai 1992, *JCP G*, 1992, II, 21889.

ANADON, C.

- note sous Cass. Com., 28 septembre 2010, *RLDA*, 2010, n° 55, p. 53.
- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, *RLDA*, 2010, n° 47, p. 44.
- note sous Cass. Com., 12 février 2008, « Action en concurrence déloyale et situation de concurrence », *RLDA*, 2008, n° 26, p. 45.

ANDRÉ, M.-E.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 2005, « Dispositions relatives à la naissance des relations contractuelles », *JCP E*, 2006, n° 27, p. 1215.

ARHEL, P.

- note sous Cons. conc., 6 juillet 1999, *LPA*, 1999, n° 211, p. 11.

AUBERT, J.-L.

- note sous Cass. Civ. 2e, 6 avril 1987, *Defrénois*, 1997, art. 1136.

AUGUET, Y.

- note sous C.A. Paris, 13 mars 2002, *D. aff.*, 2003, p. 1030.
- note sous C.A. Paris, 21 avril 2000, « La licéité de l'installation d'un franchiseur à proximité immédiate du fonds de l'un de ses anciens franchisés », *D.*, 2002, p. 1264.
- note sous Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », *Dr. et patr.*, 2001, n° 91, p. 33 et s.

AUQUE, F.

- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux », *JCP E*, 2002, 1252.

AYNÈS, L. ET STOFFEL-MUNCK, P.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 2005, « La tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée forme un contrat à durée indéterminée », *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, p. 97.

AZÉMA, J.

- note sous Cass. Com., 23 mars 2010, *RTD com.*, 2010, n° 4, p. 702.
- note sous CJCE, 30 novembre 2004, *RTD com.*, 2005, p. 74.
- note sous Cass. Com., 28 avril 1980, *JCP G*, 1982, II, 19791.

BALLOT-LÉNA, A.

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2008, *JCP E*, 2008, 2143.

BANDRAC, M.

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2008, *D.*, 2008, p. 3046.

BARBIER, J.-D.

- note sous Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, *Administrer*, 2000, n° 11, p. 28.

BATTEUR, A.

- note sous Cass. Com., 25 juin 1991, *D.*, 1992, jurispr., p. 249.

BAZEX, M.

- note sous Aut. conc., décision du 22 juin 2009, *Cont. conc. consomm.*, 2009, n° 8, p. 22.

BÉGUIN, J.

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2010, *JCP E*, 2011, n° 6, p. 28.
- note sous Cass. Com., 23 janvier 2007, *JCP E*, 2007, n° 35, p. 28.

BEHAR-TOUCHAIS, M.

- note sous Cass. Com., 28 septembre 2010, *RDC*, 2011, n° 1, p. 187.
- note sous T. com Lille, 6 janvier 2010, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », *RDC*, 2010, n° 3, p. 928.
- note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, *RDC*, 2010, n° 3, p. 921.
- note sous Cass. Com., 9 juin 2009, « La clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat de franchise », *RDC*, 2010, n° 3, p. 921.

- note sous Cass. Com., 13 janvier 2009, « L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce s'applique-t-il en présence d'une clause attributive de juridiction ? », *RDC*, 2009, n° 3, p. 1147.
- note sous Cass. Com., 12 février 2008, *RDC*, 2008, p. 862.
- note sous Cass. Com., 29 janvier 2008, *RDC*, 2008, n° 3, p. 860.
- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « Le franchisé a droit à une indemnisation en cas de rupture du contrat imputable au franchiseur quand le contrat stipule une clause de non-concurrence », *RDC*, 2008, n° 2, p. 410.
- note sous Cass. Com., 14 mars 2006, *RDC*, 2006, n° 3, p. 786.
- note sous Cass. Com., 17 mars 2004, *Rev. Lamy conc.*, 2005, n° 2, p. 43.
- note sous Cass. Com., 1er juillet 2003, *RDC*, 2004, p. 396.
- note sous Cass. Com., 14 janvier 2003, *RDC*, 2003, p. 159.

BENABENT, A.

- note sous Cass. Com., 27 octobre 1992, *D.*, 1992, jurispr., p. 505.
- note sous Cass. Com., 21 mars 1989, *D.*, 1989, p. 427.

BERTIN, R.

- note sous C.A. Paris, 4 octobre 2002, « Réaffirmation des droits du concessionnaire automobile sur sa clientèle et son fichier clients », *LPA*, 2003, n° 182, p. 4 et s.

BILLIAU, M.

- note sous Cass. Com., 22 octobre 1991, *JCP G*, 1992, I, 3570

BLATTER, J.-P.

- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Franchise et propriété commerciale », *AJDI*, 2002, p. 376.
- note sous Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, *AJDI*, 2000, p. 926.

BOCCARA, B.

- note sous C.A. Paris, 4 octobre 2000, *JCP G*, II, 10467.

BON-GARCIN, I.

- note sous Cass. Com., 15 juin 2010, *JCP E*, 2010, n° 36, p. 30.

BONET, G.

- note sous CJCE, 4 novembre 1997, *RTD eur.*, 1998, p. 595.

BONNEAU, T.

- note sous Cass. Com., 12 mars 1996, *Dr. soc.*, 1996, comm. 96

BOSCO, D.

- note sous Aut. conc., 8 avril 2009, « oncentrations : première décision d'autorisation rendue par l'Autorité de la concurrence », *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 176
- note sous Cons. conc., 17 décembre 2008, *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 52
- note sous Cons. conc., 3 juillet 2008, *Cont. conc. consom.*, 2008, comm. 209

BOULOC, B.

- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, *RTD com.*, 2010, n° 4, p. 775.

BOUTARD-LABARDE, M.-C.

- note sous Cass. Com., 4 mai 1993, *JCP G*, 1993, II, 22111.

BOY, L.

- note sous Aut. conc., 3 mars 2010, « Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? », *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 93.

BRAULT, P.-H.

- note sous Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, *Loyers et copr.*, 2001, comm. 10.

BRUNET, F. ET DUPREY, J.-S.

- note sous Aut. conc., décision du 22 juin 2009, « Secteur bancaire et contrôle des concentrations communautaire et français : entre rupture et continuité », *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 22, p. 9.

CARAYOL, R.

- note sous Cass. Com., 21 septembre 2010, *Gaz. Pal.*, 2011, n° 26, p. 25.

CARON, C.

- note sous Cass. Com., 3 mai 2012, *JCP E*, 2013, 1074.
- note sous T.G.I. Paris, 13 avril 2010, *Comm. com. électr.*, 2010, n° 9, p. 31.
- note sous Cass. Com. 23 mars 2010, *Comm. com. électr.*, 2010, n° 9, comm. 84.
- note sous Cass. Com., 12 février 2008, « Une concurrence déloyale sans concurrence », *Comm. com. électr.*, 2008, n° 5, p. 23.
- note sous CJCE, 9 novembre 2004, *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 2.

CARREAU, C.

- note sous CJCE, 6 avril 1995, *Europe*, 1995, chron. 8, p. 1.

CAUSSAIN, J. ; DEBOISSY, F. ET WICKER, G.

- note sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *JCP G*, 2006, I, 115.

CHABAS, F.

- note sous Cass. Civ. 2e, 6 avril 1987, *JCP G*, 1987, II, 2828.

CHABERT, C.

- note sous Cass. Com., 14 mars 2006, « Franchise et site Internet : le multicanal est à l'honneur », *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 98.

CHAGNY, M.

- note sous Cass. Com., 21 septembre 2010, *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 142.
- note sous Cass. Com. 23 mars 2010, *Comm. com. électr.*, 2010, comm. 122.
- note sous Cons. conc., 7 mai 2008, *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 127.
- note sous T.G.I. Strasbourg 8 janvier 2008, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 4, comm. 55.
- note sous Cass. Com., 23 octobre 2007, *JCP G*, 2008, I, 136
- note sous Cass. Com., 3 mars 2004, *JCP E*, 2004, 1247
- note sous T. com. Lille, 6 janvier 2010, *RLDC*, 2010, n° 2, p. 99.

CHAUVEL, P.

- note sous Cass. Civ. 3e, 5 février 2003, *Dr. et patr.*, 2003, n° n° 117, p. 92.
- note sous Cass. Com., 25 avril 2001, *Dr. et patr.*, 2001, n° 95, p. 108.

CHAVANNE, A.

- note sous Cass. Com., 29 février 1972, *RTD com.*, 1972, p. 695.
- note sous Cass. Com., 17 janvier 1967, *RTD com.*, 1967, p. 152.

CHAZAL, J.-P.

- note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, « Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive », *JCP G*, II, 10085
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, « Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G*, 1998, I, 152

CHEVRIER, E.

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2008, *D.*, 2008, p. 2067.
- note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, *D.*, 2004, p. 346.
- note sous Cass. Com., 3 mars 2004, « Abus de dépendance économique : confirmation du maintien du critère de l'absence de solution équivalente », *D.*, 2004, p. 874.
- note sous Cass. com., 17 mars 2004, *D.*, 2004, p. 1233.
- note sous C.A. Douai, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2868.
- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Le franchisé a la propriété commerciale du fonds exploité », *D.*, 2002, p. 1487.
- note sous Cass. Com., 8 janvier 2002, *D.*, 2002, p. 567.
- note sous Cass. Com., 25 avril 2001, *D.*, 2000, p. 1946.

CLAUDEL, E.

- note sous Aut. conc., 23 février 2011, « Pratiques anti-concurrentielles : Abus de dépendance économique : encore la grande distribution alimentaire », *RTD com.*, 2011, n° 3, p. 528.
- note sous Cass. Com., 9 avril 2009, *RTD com.*, 2009, p. 75.
- note sous Cass. Com., 24 octobre 2000, *RTD com.*, 2001, n° 2, p. 427.

CLAY, T.

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2010, *D.*, 2010, p. 2933.

CONSTANTIN, A.

- note sous Cass. Com., 30 mai 2012, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat de société : défiance et illustration », *D.*, 2012, n° 40, p. 2717.
- note sous Cass. Soc., 4 décembre 2001, « Requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail », *JCP G*, 2002, I, 148
- note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (1ère partie) », *LPA*, 1998, n° 110, p. 9 et s.

DE BELOT, P.

- note sous T.G.I. Evry, 9 décembre 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, Jur., p. 207.
- note sous T.G.I. Paris, 24 novembre 1992, *Gaz. Pal.*, 1994, Jur., p. 203.

DECOCQ, G.

- note sous CJUE, 7 février 2013, « Accord de distribution : la clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut s'étendre aux territoires antérieurement concédés », *Cont. conc. consomm.*, 2013, n° 4, p. 25.
- note sous C.A. Paris, 31 janvier 2013, « Pierre Fabre devra vendre ses produits en ligne », *Cont. conc. consomm.*, 2013, n° 3, p. 27.
- note sous Cass. Com. 23 mars 2010, *Cont. conc. consomm.*, 2010, comm. 131
- note sous Cass. Com., 7 juillet 2009, « La position dominante collective est une détention conjointe d'un pouvoir de marché », *Cont. conc. consomm.*, 2009, comm. 227
- note sous Cass. Com., 12 février 2008, « Lien de concurrence », *JCP E*, 2009, n° 30, p. 21.

- note sous Cons. conc., 7 mai 2008, *Cont. conc. consomm.*, 2008, comm. 185

DELEBECQUE, P.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 mars 2007, *RTD com.*, 2008, n° 1, p. 210.

DELPECH, X.

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2010, 2010, p. 1797.

DERRUPÉ, J.

- note sous C.A. Paris, 4 octobre 2000, *AJDI*, 2001, jur., p. 244.
- note sous C.A. Paris, 4 octobre 2000, *LPA*, 2000, n° 229, p. 12.

DESHAYES, O.

- note sous Cass. Com., 26 novembre 2003, *RTD com.*, 2004, n° 2, p. 187.

DISSAUX, N.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, « Propos orthodoxes sur l'indemnité de clientèle du distributeur évincé », *D.*, 2012, p. 2862.
- note sous Cass. Com., 18 décembre 2012, « Réalisme et idéalisme dans l'appréciation de la validité d'une clause de non-réaffiliation », *JCP E*, 2013, 1037
- note sous Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, « Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire », *JCP G*, 2011, n° 7, p. 315.
- note sous Cass. Com., 28 septembre 2010, « La spécificité de la clause de non-affiliation », *JCP E*, 2010, n° 43, p. 34.
- note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, « Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise », *JCP E*, 2010, n° 9, p. 1220.
- note sous Cass. Com., 9 juin 2009, « La validité d'une clause de non-concurrence au regard du droit communautaire », *LPA*, 2010, n° 2, p. 11.
- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », *JCP G*, 2007, II, 10211

DOIREAU, S.

- note sous Cass. Com., 29 janvier 2008, *RLDC*, 2008, n° 47, p. 15.
- note sous Cass. Com., 17 janvier 2006, « De la clause de non-réaffiliation dans un contrat de franchise », *RLDC*, 2006, n° 25, p. 10.
- note sous Cass. Com., 12 mai 2004, « Appréciation souveraine du caractère suffisant du délai de préavis », *RLDA*, 2004, n° 7, p. 15.
- note sous Cass. com., 17 mars 2004, *RLDC*, 2004, n° 6, p. 11.

DONDERO, B.

- note sous Cass. Com., 30 mai 2012, « Coup dur pour la franchise participative ! », *JCP E*, 2012, 1641
- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *Gaz. Pal.*, 2012, n° 279, p. 22.
- note sous Cass. Com., 15 décembre 2009, *RTD com.*, 2010, n° 1, p. 155.

DORSNER-DOLIVET, A.

- note sous Cass. Com., 7 mars 1989, *JCP G*, 1990, II, 21391

DUMONT, M.-P.

- note sous Cass. Civ. 3e, 5 février 2003, « Emplacement dans un centre commercial et application du statut », *AJDI*, 2003, n° 9, p. 581.

DUPRÉ-DALLEMAGNE, A.-S.

- note sous Cass. Com., 26 novembre 2003, « Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers », *D.*, 2004, p. 869.

DURRANDE, S.

- note sous Cass. Com., 11 janvier 2000, *D.*, 2001, p. 468.

DURRY, G.

- note sous Cass. Civ. 3e, 19 février 1970, *RTD civ.*, 1970, p. 785.

EMERY, C.

- note sous Cass. Com., 26 janvier 1999, *D. aff.*, 1999, p. 508.

ERESEO, N.

- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, *Concurrences*, 2010, n° 2, p. 89.

FAGES, B.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, « Les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent permettre d'indemniser la rupture d'un contrat de distribution », *RTD civ.*, 2013, n° 1, p. 114.
- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « L'article 1371 du code civil comme fondement de l'indemnité de fin de contrat du franchisé », *RTD civ.*, 2008, p. 300.

FERRÉ, D. ET DEBERDT, E.

- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence postcontractuelle », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40.

FERRIER, D.

- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, *D.*, 2012, 577
- note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, *Concurrences*, 2010, n° 1, p. 114.
- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « L'indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence », *D.*, 2008, p. 388.
- note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, *D.*, 2005, p. 152.
- note sous Cass. Com., 4 juin 2002, *D.*, 2003, p. 2432.
- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Le franchisé bénéficie de la propriété commerciale dès lors que le franchiseur lui reconnaît le droit d'en disposer », *D.*, 2002, p. 3006.
- note sous Cass. Com., 14 janvier 2003, *D.*, 2003, p. 2429.
- note sous C.A. Douai, 15 octobre 2001, *D.*, 2002, p. 3005.
- note sous C.A. Paris, 4 octobre 2000, *D.*, 2001, p. 301.
- note sous Cass. Com., 14 novembre 1995, *D.*, 1997, p. 59.
- note sous Cass. Com., 5 avril 1994, *D.*, 1995, somm., p. 69.
- note sous Cass. Com., 4 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 69.
- note sous Cass. Com., 17 décembre 1991, *D.*, 1992, somm., p. 38.
- note sous Cass. Com., 9 décembre 1986, *D.*, 1988, somm., p. 22.

FOURGOUX, J.-L.

- note sous Cass. Com., 25 avril 2001, *JCP E*, 2001, p. 1099.
- note sous C.A. Bordeaux, 3 mai 1971, *Gaz. Pal.*, 1971, 2, p. 398.

FRANÇON, A.

- note sous CJCE, 6 avril 1995, *RTD com.*, 1995, p. 606.

FRAUDIN, J.-L. ET MATHEY, N.

- note sous Cass. Com., 23 novembre 1999, *LPA*, 2000, n° 226, p. 11.

FRIEDEL, E. ET TOULOUSE, G.

- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, *JCP E*, 2010, n° 15, p. 23.

FRISON-ROCHE, M.-A.

- note sous Cass. Com., 24 octobre 2000, *RTD civ.*, 2004, n° 3, p. 451.

GAUTIER, P.-Y.

- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « Intérêt commun, analogie ou quasi-contrat ? Le franchisé reçoit enfin une indemnité compensatrice », *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119.
- note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, *RTD civ.*, 1998, p. 130.

GENICON, T.

- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *RDC*, 2012, n° 1, p. 64.

GHESTIN, J.

- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité à entreprendre », *JCP G*, 2012, n° 6, 250
- note sous Cass. Com., 22 octobre 1991, *D.*, 1993, p. 181.

GIVORD, F.

- note sous C.A. Montpellier, 19 janvier 1962, *D.*, 1963, p. 172.

GODON, L.

- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Renaissance de la propriété commerciale au profit du franchisé », *LPA*, 2003, n° 132, p. 67.

GRALL, J.-C.

- note sous T. com. Lille, 6 janvier 2010, *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5.

GRIGNON, P.

- note sous Aut. conc., 15 février 2011, « Clause de non-réaffiliation : l'Autorité de la concurrence maintient le bon cap », *JCP E*, 2011, n° 25, p. 35.

GRIMALDI, C.

- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *RDC*, 2012, n° 3, p. 878.
- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, « De l'erreur sur la rentabilité et des comptes prévisionnels », *RDC*, 2012, n° 2, p. 535.

GUEVEL, D.

- note sous Cass. Com., 6 mai 2008, *LPA*, 2009, n° 136, p. 27.

HÉMARD, J.

- note sous Cass. Com., 22 janvier 1969, *JCP G*, 1969, II, 16066

HOUTCIEFF, D.

- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *Gaz. Pal.*, 2012, n° 99, p. 22.
- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, « La valeur de l'erreur sur la rentabilité », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 11, p. 18.

HUET, J.

- note sous Cass. Civ. 2e, 6 avril 1987, *RTD civ.*, 1987, p. 767.

IDOT, L.

- note sous Cons. conc., 25 avril 2007, *RDC*, 2007, n° 4, p. 1171.
- note sous CJCE, 12 septembre 2000, *Europe*, 2000, comm. 355

JAMIN, C.

- note sous Cass. com., 30 janvier 1996, « Responsabilité d'un franchiseur ayant commis une erreur d'appréciation concernant le budget prévisionnel du franchisé », *JCP E*, 1996, n° 23, 825
- note sous Cass. Com., 5 avril 1994, *JCP G*, 1994, I, 3803
- note sous Cass. Com., 4 janvier 1994, *JCP G*, 1994, I, 3757

JAUT-SESEKE, F.

- note sous Cass. Com., 18 juin 1996, *D.*, 1998, p. 305.

JOURDAIN, P.

- note sous Cass. Civ. 3e, 13 novembre 1997, *RTD civ.*, 1998, p. 124.

KENFACK, H.

- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « Vers une indemnisation de l'ancien franchisé tenu par un engagement de non-concurrence postcontractuelle ? », *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355.
- note sous Cass. Com., 14 mars 2006, *D.*, 2006, p. 1901.
- note sous Cass. com., 14 janvier 2003, « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *D.*, 2003, p. 2304.
- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Le franchisé bénéficie du statut des baux commerciaux », *D.*, 2002, p. 2400.
- note sous C.A. Paris, 4 octobre 2000, *D.*, 2001, p. 1718.

KENFACK, P.-E.

- note sous Cass. Com., 17 janvier 2006, « Fin des incertitudes sur la clause de non-réaffiliation ? », *RLDA*, 2006, n° 5, p. 39.

KRIMMER, I.

- note sous Cass. Com., 18 octobre 1994, *D.*, 1996, jurispr., p. 311.

LACHIÈZE, C.

- note sous Cass. Com., 12 mai 2004, *JCP E*, 2004, n° 41, p. 1592.

LAITHIER, Y.-M.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 2005, « Quand le régime de la tacite reconduction éclipse sa notion », *RDC*, 2006, n° 3, p. 696.

LANGLÈS, T.

- note sous Cass. Com., 12 mars 1996, *D.*, 1997, p. 133.

LARRIEU, J.

- note sous Cass. Com., 23 mars 2010, *Propri. industr.*, 2010, n° 7, p. 36.
- note sous C.A. Aix-en-Provence, 3 septembre 2009, « Délaisser le droit sui generis pour la concurrence déloyale », *Propri. industr.*, 2009, n° 11, comm. 69

LE CANNU, P. ET DONDERO, B.

- note sous C.A. Orléans, 17 février 2011, « La compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour autoriser la résiliation d'un contrat d'enseigne », *RTD com.*, 2011, n° 4, p. 764.

LE GALLOU, C.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 2005, « La tacite reconduction a le vent en poupe ! », *RLDC*, 2006, n° 23, p. 13.

LE TOURNEAU, P.

- note sous Cass. Com., 9 novembre 1993, *Rev. sociétés*, 1994, p. 322.

LEBRETON-DERRIEN, S.

- note sous Cass. Com., 14 mars 2006, *RJ com.*, 2006, n° 3, p. 322.
- note sous Cass. Com., 12 mai 2004, *RJ com.*, 2005, n° 2, p. 197.

LÉCUYER-ARCELIN, L.

- note sous Aut. conc., 3 mars 2010, « Le piège des franchises de commerce de proximité », *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 36.

LEGROS, J.-P.

- note sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *Dr. soc.*, 2005, comm. 175

LEMOULAND, J.-J.

- note sous C.A. Bordeaux, 4 janvier 2000, *D.*, 2000, p. 411.

LEVENEUR, L.

- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *Cont. conc. consom.*, 2012, n° 4, p. 10.
- note sous Cass. Com., 15 décembre 2009, *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 3, p. 17.
- note sous Cass. Civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Cont. conc. consom.*, 2007, n° 6, p. 11.
- note sous Cass. Com., 12 mai 2004, *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 7, p. 20.
- note sous Cass. com., 17 mars 2004, *Cont. conc. consom.*, 1991, comm. 91
- note sous C.A. Paris, 18 juin 2003, *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 2, comm. 19
- note sous Cass. Com., 22 février 2000, « Contrat de franchise : les conditions habituelles de validité d'une clause de non-concurrence se doublent de conditions liées à la réglementation des ententes », *JCP E*, 2000, p. 1429.
- note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, *Cont. conc. consom.*, 1998, comm. 20
- note sous Cass. Com., 5 juillet 1994, *Cont. conc. consom.*, 1994, comm. 219
- note sous Cass. Com., 5 avril 1994, *Cont. conc. consom.*, 1994, n° 159
- note sous Cass. Com., 29 juin 1993, *Cont. conc. consom.*, 1993, comm. 193
- note sous Cass. Civ. 3e, 1er avril 1992, *Cont. conc. consom.*, 1992, comm. 148

LIENHARD, A.

- note sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *D.*, 2005, p. 2071.

LOIR, R.

- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *JCP E*, 2012, n° 25, p. 34.

LUBY, M.

- note sous CJCE, 12 décembre 2002 et C.J.C.E., 6 mai 2003, « Signes susceptibles de constituer une marque : graphique, odeur, couleur », *RTD com.*, 2003, p. 603.

LUCAS, F.-X.

- note sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *Rev. sociétés*, 2006, p. 163.

MAINGUY, D.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, « Une indemnité perte de clientèle ne résulte pas d'un enrichissement sans cause », *RLDA*, 2013, n° 79, p. 32.
- note sous Cass. Com., 30 mai 2012, *JCP E*, 2013, n° 15, p. 38.
- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, « L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise », *RLDC*, 2012, n° 98, p. 74.
- note sous Cass. Com., 16 décembre 2008, *JCP E*, 2009, n° 19, p. 24.
- note sous Cass. Com., 28 juin 2005, *LPA*, 2006, n° n° 48, p. 3.
- note sous Cass. com., 17 mars 2004, *Cah. dr. entr.*, 2004, n° 3, p. 38.
- note sous Cass. Com., 19 novembre 2002, *JCP E*, 2003, n° 3, p. 23.
- note sous Cass. Com., 8 janvier 2002, *Cah. dr. entr.*, 2002, n° 3, p. 33.
- note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, *JCP G*, 1998, II, 10110

MAINGUY, D. ET DEPINCÉ, M.

- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « Vers l'indemnisation de la clause de non-concurrence ? », *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6.

MALAUURIE, P.

- note sous Cass. Com., 31 janvier 1989, *D.*, 1989, p. 335.

MALAUURIE-VIGNAL, M.

- note sous C.A. Paris, 6 mars 2013, « Clause de non-réaffiliation », *Cont. conc. consom.*, 2013, n° 5, comm. 113
- note sous Cass. Com., 18 décembre 2012, « Distribution alimentaire : nullité d'une clause de non-réaffiliation », *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 53
- note sous Cass. com., 3 mai 2012, « Réseau de distribution sélective et revente hors réseau », *Contrats, conc. consom.*, 2012, n° 8, comm. 207
- note sous Cass. com., 3 avril 2012, « Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », *JCP E*, 2012, 1402
- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *JCP E*, 2012, n° 12, p. 45.
- note sous Aut. conc., 11 janvier 2012, « Situation concurrentielle dans la distribution alimentaire à Paris », *Contrats, conc. consom.*, 2012, n° 3, comm. 63
- note sous Aut. conc., 16 décembre 2011, « Contrat de franchise et abus de dépendance économique », *Cont. conc. consom.*, 2012, n° 2, comm. 43
- note sous Aut. conc., 23 février 2011, « Abus de dépendance économique », *Cont. conc. consom.*, 2011, n° 5, comm. 114
- note sous Aut. conc., 15 février 2011, « Validité d'une clause de non-réaffiliation et d'un droit de préférence post contractuels », *Cont. conc. consom.*, 2011, n° 4, comm. 92
- note sous Cass. Com., 14 septembre 2010, *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 12, p. 17.
- note sous C.A. Paris, 25 février 2010, « Franchise : clause de non-réaffiliation disproportionnée », *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 8, comm. 209
- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 4, p. 16.
- note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, « Validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle dans un contrat de franchise », *Contrats, conc. consom.*, 2010, n° 2, comm. 43
- note sous Cass. com., 9 juin 2009, « Contrat de franchise et validité d'une clause de non-concurrence », *Cont. conc. consom.*, 2009, n° 8, comm. 221

- note sous Cass. Com., 8 juillet 2008, « Violation d'une clause de non-réaffiliation : conditions », *Cont. conc. consomm.*, 2008, n° 10, comm. 227
- note sous Cass. Com., 12 février 2008, *Cont. conc. consomm.*, 2008, n° 4, p. 34.
- note sous Cass. Civ. 2e, 10 janvier 2008, « Le régime de la clause de non-réaffiliation est calqué sur celui de la clause de non-concurrence », *Cont. conc. consomm.*, 2008, n° 3, comm. 71
- note sous Cass. com., 18 décembre 2007, « Appréciation du caractère proportionné d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise », *Cont. conc. consomm.*, 2008, n° 3, comm. 75
- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « Indemnisation du franchisé pour perte de clientèle dès lors qu'il en est dépossédé en raison d'une clause de non-concurrence post-contractuelle », *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298
- note sous C.A. Chambéry, 2 octobre 2007, « Propriété de la clientèle d'un magasin », *Contrats, conc. consom.*, 2008, n° 4, comm. 98
- note sous Cass. Soc., 26 septembre 2007, *Cont. conc. consomm.*, 2007, comm. 301
- note sous Cons. conc., 24 janv. 2007, « Prix maximal conseillé ou prix imposé ? », *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 3, comm. 70
- note sous Cass. Com., 14 mars 2006, *Cont. conc. consomm.*, 2006, n° 5, p. 26.
- note sous C.A. Paris, 8 mars 2006, *Cont. conc. consomm.*, 2006, comm. 133
- note sous Cass. Com., 17 janvier 2006, « Clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise », *Cont. conc. consomm.*, 2006, n° 4, p. 18.
- note sous C.A. Caen, 29 septembre 2005, « Appréciation de la clause de non-réaffiliation », *Cont. conc. consomm.*, 2006, comm. 132
- note sous Cass. Com., 22 mars 2005, *Cont. conc. consomm.*, 2005, n° 7, p. 22.
- note sous Cons. conc., 8 avril 2004, « En raison de la position dominante d'un producteur, il ne peut obtenir des engagements lui assurant une représentativité de tous ses produits sur les linéaires, car l'accès à un linéaire constitue une ressource rare », *Contrats, conc. consom.*, 2004, n° 6, comm. 95
- note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, « Dépendance économique et absence de relation contractuelle », *Cont. conc. consomm.*, 2004, comm. 39
- note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, « Nullité ou réduction d'une clause de non-concurrence non proportionnée aux intérêts légitimes de l'entreprise ? », *Cont. conc. consomm.*, 2004, comm. 77
- note sous Cass. Com., 8 janvier 2002, *Cont. conc. consomm.*, 2002, comm. 78
- note sous Cass. Com., 4 décembre 2001, *Cont. conc. consomm.*, 2002, comm. 60
- note sous Cass. Com., 25 avril 2001, *Cont. conc. consomm.*, 2001, n° 7, p. 19.
- note sous Cass. Crim., 31 octobre 2000, *Cont. conc. consomm.*, 2001, comm. 73
- note sous Cass. Com., 24 octobre 2000, *Cont. conc. consomm.*, 2001, n° 1, p. 16.
- note sous Cass. Com., 19 octobre 1999, *Cont. conc. consomm.*, 2000, n° 1, p. 15.
- note sous C.A. Paris, 1er octobre 1997, *D.*, 1998, p. 445.

MALAUURIE-VIGNAL, M. ET REBOUL, N.

- note sous Cass. Com., 4 mai 1999, *LPA*, 2000, n° 68, p. 13.

MARONTEL, A.

- note sous Cass. Com., 24 octobre 2000, *D.*, 2000, p. 429.

MAROT, Y.

- note sous C.A. Paris, 12 janvier 2005, *LPA*, 2005, n° 244, p. 9.

- note sous Cass. Civ. 3e, 5 février 2003, « Bail commercial et centre commercial : Un arrêt bien surprenant rendu par la Cour de cassation le 5 février 2003 », *LPA*, 2003, n° 183, p. 8.
- note sous Cass. Com., 19 novembre 2002, *LPA*, 2003, n° 156, p. 15.
- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », *LPA*, 2003, n° 25, p. 3.
- note sous T. com. Paris, 5 décembre 1997, « Les relations franchiseur-franchisé : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », *LPA*, 1999, n° 26, p. 16.
- note sous C.A. Paris, 6 juillet 1995, *LPA*, 1996, n° 91
- note sous C.A. Lyon, 26 février 1993, « L'appréciation du savoir-faire dans le contrat de franchise », *LPA*, 1994, n° 92, p. 26 et s.

MARTIN, A.-C.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, « La Cour de cassation approuve les décisions rendues en appel rejetant les demandes d'indemnisation pour la perte de leur clientèle en fin de contrat formées par des distributeurs sur le fondement de l'enrichissement sans cause », *Concurrences*, 2013, n° 1, p. 110.

MATHEY, N.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, « L'enrichissement du fournisseur avait une cause », *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 6
- note sous T.G.I. Lille, 6 janvier 2010, *Contrats, conc. consom.*, 2010, n° 3, p. 21.
- note sous C.A. Chambéry, 8 juillet 2010, « La rupture contractuelle face aux circonstances économiques », *Contrats, conc. consom.*, 2010, comm. 248
- note sous Cass. Com., 13 janvier 2009, « Nature délictuelle de la responsabilité en cas de rupture brutale de relation commerciale établie », *Contrats, conc. consom.*, 2009, n° 3, comm. 72
- note sous Cass. Com., 26 novembre 2003, *Rev. sociétés*, 2004, n° 2, p. 325.
- note sous Cass. Com., 8 janvier 2002, *LPA*, 2003, n° 132, p. 41.
- note sous Cass. Com., 19 octobre 1999, *LPA*, 2000, n° 131, p. 18.

MAUGER-VIELPEAU, L.

- note sous Cass. Com., 3 mai 2012, *D.*, 2012, p. 1684.

MAUGER-VIELPEAU, L.

- note sous Cass. Com., 19 octobre 1999, *D.*, 2000, n° 15, p. 341.

MAZEAUD, A.

- note sous Cass. Com., 25 avril 2001, *D.*, 2001, p. 3237.

MAZEAUD, D.

- note sous Cass. Com., 13 janvier 2009, « Action en responsabilité délictuelle du contractant victime », *RDC*, 2009, n° 3, p. 1016.
- note sous Cass. Com., 26 novembre 2003, *RDC*, 2004, n° 2, p. 257.
- note sous Cass. Mixte, 6 septembre 2002, *D.*, 2002, 2939.
- note sous Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, *Defrénois*, 1999, art. 37041.
- note sous Cass. Com., 9 avril 1996, *D.*, 1997, somm, p. 26.
- note sous Cass. Com., 5 avril 1994, *D.*, 1995, somm., p. 90.

MEKKI, M.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 16 janvier 2007, « La cessation de l'illicite comme remède à l'inexécution du contrat », *JCP E*, 2007, n° 26, p. 23.

MESTRE, J.

- note sous Cass. Com., 12 mars 1996, *RTD civ.*, 1996, p. 987.
- note sous Cass. Com., 5 avril 1994, *RTD civ.*, 1994, p. 603.
- note sous Cass. Com., 22 octobre 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 90.
- note sous Cass. Com., 25 juin 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 391.
- note sous C.A. Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.*, 1985, p. 372.
- note sous Cass. Civ. 3e, 17 janvier 1984, *RTD civ.*, 1984, p. 711.
- note sous Cass. Com., 14 janvier 2003, *RTD civ.*, 2003, p. 497.
- note sous Cass. Com., 21 mars 1989, *RTD civ.*, 1989, p. 326.

MEYER-GAST, M.

- note sous Cass. Civ. 3e, 5 février 2003, « Refus d'application du statut des baux commerciaux à un commerçant situé dans un centre commercial pour défaut d'autonomie de gestion », *JCP G*, 2004, n° 11, p. 463.

MIGNOT, M.

- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, *Gaz. Pal.*, 2010, n° 64, p. 35.

MONÉGER, J.

- note sous Cass. Civ. 3e, 5 février 2003 et Cass. Civ. 3e, 19 mars 2003, « La propriété commerciale du locataire inclus », *RTD com.*, 2003, p. 275.

MONÉGER, J.

- note sous Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, *RTD com.*, 2000, p. 871.

MONÉGER, J.

- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « La clientèle du franchisé », *RTD com.*, 2003

MONÉGER-DUPUIS, A.-L.

- note sous Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, *D.*, 2000, p. 399.

MORACCHINI-ZEIDENBERG, S.

- note sous Cass. com., 1er juillet 2003, « Conditions d'annulation d'une clause de non-rétablissement incluse dans un contrat de franchise », *JCP E*, 2004, 786

MOULY, C.

- note sous Cass. Civ. 2e, 6 avril 1987, *D.*, 1988, p. 32.

MOULY-GUILLEMARD, C.

- note sous Cass. Com., 25 septembre 2007, *D.*, 2008, p. 1115.

MOURRE, A. ET PEDONE, P.

- note sous Cass. Com., 23 janvier 2007, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 194, p. 42.

NAJJAR, I.

- note sous Cass. Civ., 13 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 657.

NEAU-LEDUC, P.

- note sous Cass. Com., 14 janvier 2003, *JCP E*, 2004, I, 384

NOURISSAT, C.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 mars 2007, *Rev. Lamy conc.*, 2007, n° 19, p. 67.

- note sous Cass. Com., 17 janvier 2006, « La violation du droit communautaire de la concurrence comme cas d'ouverture du recours en annulation », *Rev. Lamy conc.*, 2006, n° 7, p. 48.

OLLIVRY, M.

- note sous Cass. Com., 25 septembre 2007, « Application d'une clause attributive de compétence internationale en cas d'abus de dépendance », *JCP E*, 2009, n° 16, p. 31.

OMARJEE, I.

- note sous Cass. Com., 26 janvier 1999, *D.*, 1999, p. 241.

PACLOT, Y.

- note sous Cass. Com., 12 mars 1996, *JCP E*, 1996, II, 831

PASSA, J.

- note sous C.A. Paris, 18 octobre 2000, « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », *D.*, 2001, p. 850.
- note sous Cass. Com., 22 mars 2005, *Propri. intell.*, 2005, n° 16, p. 358.

PERROT, R.

- note sous Cass. Civ. 1re, 9 mars 1982, *RTD civ.*, 1983, p. 193.
- note sous Cass. Civ. 1ère, 21 décembre 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, n° 2, p. 398.

PERRUCHOT-TRIBOULET, V.

- note sous Cass. Com., 11 février 2003, *LPA*, 2003, n° 186, p. 3.

PÉTEL, P.

- note sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *JCP E*, 2006, 1066

PICOD, Y.

- note sous Cons. const., 13 janvier 2011, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.*, 2011, 415 et s.
- note sous Cass. Com., 12 février 2008, « Situation de concurrence et concurrence déloyale : le retour du printemps », *D.*, 2008, p. 2573.
- note sous Cass. com., 3 mars 2004, « Critères de l'état de dépendance économique : la Cour de cassation ne fléchit pas », *D.*, 2004, p. 1661.
- note sous Cass. Com., 1er juillet 2003, *D.*, 2004, somm., p. 1153.
- note sous Cass. Com., 18 décembre 2001, *D.*, 2003, somm., p. 1029.
- note sous Cass. Com., 27 juin 1995, *D.*, 1997, somm., p. 108.
- note sous Cass. Com., 7 février 1995, *D.*, 1997, somm., p. 105.
- note sous Cass. Com., 29 juin 1993, *D.*, 1995, somm., p. 210.
- note sous Cass. Com., 25 juin 1991, *D.*, 1993, somm., p. 156.

PIEDELÈVRE, S.

- note sous Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1998, *JCP G*, 1998, II, 10148

POILLOT-PERUZZETTO, S.

- note sous Cass. Com., 22 février 2000, *Cont. conc. consom.*, 2000, n° 6, p. 22.
- note sous CJCE, 12 septembre 2000, *Cont. conc. consom.*, 2000, comm. 180
- note sous CJCE, 16 mars 2000, *Cont. conc. consom.*, 2000, comm. 113
- note sous Comm. CE, 26 juin 1997, *Contrats, conc. consom.*, 1999, n° 2, p. 12 et s.

POLLAUD-DULLIAN, F.

- note sous CJCE, 9 novembre 2004, *RTD com.*, 2005, p. 90.

POULIQUEN, E.

- note sous Cass. Com., 31 janvier 2012, *RLDC*, 2012, n° 92, p. 14.

PRIEUR, M.

- note sous Cass. Com., 30 octobre 1968, *JCP G*, 1969, II, 15964

RAYNARD, J.

- note sous Cass. Com., 28 septembre 2010, *JCP E*, 2010, n° 51, p. 34.
- note sous Cass. Com., 17 janvier 2006, « Dispositions relatives à l'extinction des relations contractuelles », *JCP E*, 2006, n° 27, p. 1216.

REBOUL, N.

- note sous Cass. Com., 26 janvier 1999, *LPA*, 1999, n° 220, p. 11.

REIFEGERSTE, S.

- note sous Cass. Mixte, 6 septembre 2002, *JCP G*, 2002, II, 10173

RESPAUD, J.-L.

- note sous Cass. Com., 6 mai 2008, *JCP E*, 2009, 1479

REVERDY, P.-M.

- note sous Cass. Com., 14 mars 2006, « Un franchiseur peut exploiter un site Internet marchand concurrençant le franchisé sans qu'il s'agisse d'une atteinte à l'exclusivité territoriale prévue au contrat », *JCP E*, 2006, n° 23, p. 1012.

RIÉRA, A.

- note sous Cass. Com., 4 octobre 2011, « Erreur sur la rentabilité de l'établissement franchisé : la sanction inattendue des prévisionnels exagérément optimistes », *RLDA*, 2012, n° 67, p. 36.
- note sous Cass. Com., 24 novembre 2009, « Validité des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de franchise », *Rev. Lamy. conc.*, 2010, n° 23, p. 39.

ROBERVAL, L. ET FASQUELLE, L.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2007, *RLDC*, 2008, n° 1, p. 133.

ROBINNE, S.

- note sous C.A. Dijon, 6 avril 2000, *D.*, 2002, p. 1271.

SABATIER, M.

- note sous Cass. Com., 2 février 2010, *Propri. intell.*, 2010, n° 35, p. 762.

SAINT-ESTEBEN, R.

- note sous Cass. Com., 18 mai 1993, *Gaz. Pal.*, 1998, n° 184, p. 19.

SAINTOURENS, B.

- note, « Cass. Com., 12 juillet 2005 », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 22.
- note sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, « La reconnaissance par la Cour de cassation de l'existence d'une clientèle propre du franchisé, élément de son fonds de commerce », *RTD com.*, 2002, p. 457.

SASSOLAS, D.

- note sous Cass. Com., 23 octobre 2012, « Rupture du contrat de distribution et enrichissement sans cause », *JCP E*, 2013, 1068

SAYAG, A.

- note sous Cass. Civ. 3e, 21 mars 1972, *JCP G*, 1973, 17400

SÉLINSKI, V.

- note sous Aut. conc., 23 février 2011, « Le retour de l'abus de dépendance économique ? », *Rev. Lamy conc.*, 2011, n° 27, p. 37.

SÉNÉCHAL, J.-P.

- note sous Cass. Civ. 3e, 13 novembre 1997, *Defrénois*, 1998, art. 36850
- note sous T. com. Lille, 6 janvier 2010, *D.*, 2010, p. 1000.

SERINET, Y.-M.

- note sous Cass. Civ. 3e, 31 mars 2005, *JCP G*, 2005, I, 194

SERRA, Y.

- note sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.*, 2002, p. 2491.
- note sous Cass. Com., 26 janvier 1999, *D.*, 2000, p. 87.
- note sous Cass. Com., 18 octobre 1994, *D.*, 1995, somm., p. 261.
- note sous Cass. Com., 4 mai 1993, *D.*, 1994, somm., p. 220.
- note sous Cass. Com., 30 octobre 1989, *D.*, 1992, somm., p. 332.
- note sous Cass. Com., 3 juin 1986, *D.*, 1988, somm., p. 212.
- note sous Cass. Com., 17 octobre 1984, *D.*, 1985, p. 397.
- note sous Cass. Com., 4 juillet 1984, *D.*, 1984, IR, p. 445.
- note sous Cass. Com., 10 mars 1982, *D.*, 1983, IR, p. 55.
- note sous Cass. Com., 13 mars 1979 *D.*, 1980, p. 1.

SIRINELLI, P.

- note sous CJCE, 9 novembre 2004, *D.*, 2005, p. 1495.

SONET, A.

- note sous Cass. Com., 12 mai 2004, *JCP G*, 2004, p. 2213.

STOFFEL-MUNCK, P.

- note sous Cass. Com., 9 octobre 2007, « La clause de non-concurrence pesant sur le franchisé emporte-t-elle obligation de l'indemniser pour perte de clientèle ? », *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42
- note sous Cass. Civ. 3e, 31 mars 2005, *Dr. et patr.*, 2005, n° 10, p. 94.
- note sous Cass. Civ. 3e, 31 mars 2005, *RDC*, 2005, n° 4, p. 1025.
- note sous Cass. Civ. 1ère, 13 février 2001, « But poursuivi, motif à contracter, résultat attendu du contrat : penser à rédiger la clause de finalité », *Comm. com. électr.*, 2002, n° 4, p. 28.
- note sous Cass. Com., 26 novembre 2003, *Comm. com. électr.*, 2004, n° 3, p. 33.
- note sous Cass. Mixte, 6 septembre 2002, *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 156

STORRER, P.

- note sous Cass. Com., 26 janvier 1999, « La revente hors réseau de véhicules neufs à l'épreuve du droit de la concurrence déloyale », *RLDA*, 1999, n° 114, p. 1.

TARDIEU-GUIGUES, E.

- note sous Cass. Com., 21 juin 1994, *JCP E*, 1995, n° 51, p. 31.

TIQUANT, O.

- note sous C.A. Paris, 30 septembre 2010, « Le statut du postulant à la franchise, un recadrage nécessaire », *LPA*, 2011, n° 40, p. 7.
- note sous Cass. Com., 19 janvier 2010, « Loi Doubin, le clair-obscur de la Cour de cassation », *LPA*, 2010, n° 123, p. 11.

VAN EECKHOUT, A.

- note sous Cass. Com., 12 mai 2004, « La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires », *RDC*, 2005, n° 2, p. 491.

VILMART, C.

- note sous C.A. Rennes, 20 janvier 2004, « Conséquences de la cession d'un franchiseur sur les contrats des parfumeurs franchisés », *JCP E*, 2004, 1191
- note sous Cass. Com., 1er juillet 2003, *JCP E*, 2003, 1435

VINEY, G.

- note sous Cass. Com., 26 novembre 2003, *JCP G*, 2004, n° 39, p. 1627.
- note sous Cass. Com., 18 octobre 1994, *JCP G*, 1995, I, 3853

VIRASSAMY, G.

- note sous Cass. Com., 4 janvier 1994 et Cass. Com., 5 avril 1994, *D.*, 1995, p. 355.
- note sous Cass. Com., 9 novembre 1993, *JCP G*, 1994, II, 22304
- note sous Cass. Com., 25 juin 1991, *JCP E*, 1992, II, 303

VOGEL, L.

- note sous CJUE, 13 octobre 2011, « La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre », *JCP E*, 2012, n° 11, p. 25.
- note sous CJCE, 4 novembre 1997, *Cont. conc. consomm.*, 1998, comm. 7
- note sous TPICE, 10 mars 1992, *Cont. conc. consomm.*, 1992, comm. 82
- note sous C.A. Paris, 4 avril 1991, *Cont. conc. consomm.*, 1991, comm. 164

VOINOT, D.

- note sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *Gaz. Pal.*, 2005, doct, p. 3719.

WASCHSMANN, A.

- note sous Cass. Com., 7 juillet 2009, *Concurrences*, 2009, n° 4, p. 116.
- note sous Cons. conc., 25 avril 2007, *Concurrences*, 2007, n° 3, p. 99.

INDEX DE JURISPRUDENCE

A. Juridictions première instance

1. Tribunaux de grande instance

- T.G.I Paris, 24 novembre 1992, Lagache c/ Sté Production M.J. : *Gaz. Pal.*, 1994, jur., p. 207 et s., note Belot
- T.G.I. Evry, 9 décembre 1993, Dame Agopyan c/ Sté Paris Sud Location : *Gaz. Pal.*, 1994, jur., p. 207 et s., note Belot.
- T.G.I. Paris, 7 juillet 1994, Inédit : cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.
- T.G.I. Paris, 26 septembre 1995, Inédit : cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.
- T.G.I. Paris, 30 octobre 1997, M. Caldi c/ Sté de distribution d'alimentation naturelle Sodian, Inédit : cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.
- T.G.I. Paris, 30 octobre 1998, Sté Nicogi c/ Sté Gan Vie *Gaz. Pal.*, 1999, jur., p. 32 et s., note Barbier
- T.G.I. Strasbourg, 8 janvier 2008, Puma France c/ Over Stock : *Comm. com. électr.*, 2008, n° 4, comm. 55, note Chagny
- T.G.I. Paris, 22 janvier 2008 : *PIBD*, 2008, III, p. 285
- T.G.I. Paris, 27 janvier 2009 : *PIBD*, 2010, III, p. 252
- T.G.I. Paris, 13 avril 2010, SA Hospimédia c/ SARL Jobtransport, n° 08/17636, *Juris-Data* n° 2010-010805 : *Comm. com. électr.*, 2010, n° 9, p. 31, note Caron

- T.G.I. Paris, 22 mars 2011, Free c/ UFC Que Choisir, n° 09/18791

2. Tribunaux de commerce

- T. com. Paris, 10 novembre 1994, Sté Daphn c/ Sté Pluri, Inédit : cité par MAROT Y. « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », *LPA*, 2003, n° 25, p. 6
- T. com. Paris, 5 décembre 1997, Sté Lafont c/ L.V.T., n° 97-059596 : *LPA*, 1999, n° 26, p. 16, note Marot
- T. com. Roubaix, 12 février 2004, SA SEDI c/ SA La Redoute, Inédit
- T. com. Paris, 24 mai 2005, SA Sat c/ SA Formes, JurisData n° 2005-280393
- T. com. Lille, 6 janvier 2010, Min. éco. c/ Castorama : *D.*, 2010, p. 1000, note J. Sénéchal ; *RTD civ.*, 2010. 324, obs. Fages ; *JCP E*, 2010, n° 5, p. 5, note Grall ; *RDLC*, 2010, n° 2, p. 99, obs. Chagny ; *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 71, obs. Mathey ; *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 43, note Béhar-Touchais
- T. com. Nanterre, 25 mai 2010, Karma c/ JT International France, Inédit, n° 2009f00383
- T. com. Lille, 7 septembre 2011, Min. Éco. c/ Auchan : *JCP E*, 2011, 1701, note Chanterpie ; *Contrats, conc. consom.*, 2011, comm. 234, obs. Mathey
- T. com., Paris, 8 avril 2011, Sté Marc Dorcel c/ SARL Consol Games, JurisData n° 2011-034771
- T. com. Paris, 22 novembre 2011, Min. Éco. c/ Galec JurisData n° 2011-032619
- T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Min. Éco. c/ Provera France

B. Cours d'appel

1. Agen

- C.A. Agen, 12 juillet 2000, Trévisan / Basquet, Inédit : cité par Yves Marot, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », commentaire sous Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, *LPA*, 2003, n° 25, p. 3 et s.
- C.A. Agen, 1er février 2010, Prodim c/ Casino Distribution France, JurisData n° 2010-008225

2. Aix-en-Provence

- C.A. Aix-en-Provence, 26 juin 1984 : *D.*, 1985, p. 372, note Mestre
- C.A. Aix-en-Provence, 19 juin 2002, JurisData n° 2002-188430
- C.A. Aix-en-Provence, 19 novembre 2004, JurisData n° 2004-262144
- C.A. Aix-en-Provence, 3 septembre 2009, Sté Octea Ingénierie c/ Sté Procom Conseil, Inédit, n° 2009/325 : *Propr. industr.*, 2009, n° 11, comm. 69, note Larrieu

3. Amiens

- C.A. Amiens, 22 mars 2002, Sté CMF Fitness c/ Sté N-J Forme, JurisData n° 2002-193776
- C.A. Amiens, 16 novembre 2010, SA Acadomia Groupe c/ SARL Orcea, JurisData n° 2010-028414

4. Angers

- C.A. Angers, 9 mars 2004, JSJ3 *c/* The Timberland Company, JurisData n° 2004-243673

5. Bordeaux

- C.A. Bordeaux, 3 mai 1971 ; *Gaz. Pal.*, 1971, 2, p. 398, note Fourgoux ; *D.*, 1971, somm., p. 222
- C.A. Bordeaux, 23 mars 1989, SARL L'onglerie *c/* Henry, JurisData n° 1989-041727
- C.A. Bordeaux, 4 juillet 1990, Sabadie *c/* SARL L'onglerie, JurisData n° 1990-047177
- C.A. Bordeaux, 4 janvier 2000 : *D.*, 2000, p. 411, obs. Lemouland
- C.A. Bordeaux, 14 octobre 2009, SARL Club Inter entreprises Bordeaux *c/* SARL Hexa Club, Inédit, n° 07/05057

6. Caen

- C.A. Caen, 29 septembre 2005, M. Batard *c/* SAS Prodim : *JCP E*, 2006, 2064
- C.A. Caen, 12 janvier 2012, FNAIM *c/* AVH Associés, n° n° 10/02111

7. Chambéry

- C.A. Chambéry, 30 mai 2006, Sté Profil Autoloc *c/* Sté Agir, JurisData n° 2006-312337
- C.A. Chambéry, 2 octobre 2007, SA Andey *c/* SAS Vanica, JurisData n° 2007-353925 : *Contrats conc. consom.*, 2008, comm. 98, note Malaurie-Vignal
- C.A. Chambéry, 5 janvier 2010, SARL O.S.D. *c/* Ondongo, n° 08/02668, JurisData n° 2010-003545
- C.A. Chambéry, 8 juillet 2010, n° 09/01911 : *Contrats conc. consom.*, 2010, comm. 248, note Mathey

8. Colmar

- C.A. Colmar, 7 mars 2006, SA Hypromat France *c/* SA Lav'auto, JurisData n° 2006-298557
- C.A. Colmar, 12 septembre 2006, SA Mobilier Européen *c/* SARL Sogec, JurisData n° 2006-316629

9. Dijon

- C.A. Dijon, 6 avril 2000 : *D.*, 2002, p. 1271, obs. Robinne
- C.A. Dijon, 30 juin 2005, Poyard *c/* Phildar, JurisData n° 2005-283427
- C.A. Dijon, 15 novembre 2007, SA Carré Blanc Distribution *c/* Juban, JurisData n° 2007-355669

10. Douai

- C.A. Douai, 15 Février 1999, Sté Number One *c/* Sté ADA, JurisData n° 1999-041445
- C.A. Douai, 15 mars 2001, P.B.C. *c/* Auchan : *D.*, 2002, p. 307, note André
- C.A. Douai, 15 octobre 2001 ; *RJDA*, 2002, n° 7, 757 ; *D.*, 2002, p. 3005, obs. Ferrier

- C.A. Douai, 4 juillet 2002 : *D.*, 2002, p. 2868, obs. Chevrier
- C.A. Douai, 23 novembre 2006, Platet *c/* Ministère Public, JurisData n° 2006-325137
- C.A. Douai, 9 avril 2009, SA Okadi *c/* SARL MD Lens, Inédit, n° 08/00619

11. Grenoble

- C.A. Grenoble, 10 mars 1998, Sté Hairline *c/* Sté Formaholt, JurisData n° 1998-045725
- C.A. Grenoble, 16 septembre 2010, SA ITM Entreprises *c/* Dubois, n° 10/00062, JurisData n° 2010-030228 : *Dr. sociétés*, 2011, comm. 125, note Coquelet
- C.A. Grenoble, 3 septembre 2009, Mourgues et Chevier *c/* SARL Reliance, n° 08/00831
- C.A. Grenoble, 6 octobre 2011, Reliance, Inédit

12. Lyon

- C.A. Lyon, 26 février 1993, Sté Uni Inter *c/* M. Battavoine : *LPA*, 1994, n° 92, p. 26 et s.
- C.A. Lyon, 17 février 2000, SARL Holsab *c/* SARL Tchipe, JurisData n° 2000-123572
- C.A. Lyon, 30 janvier 2003, SARL Formaholt *c/* SARL Lyon Sud Développement, JurisData n° 2003-223024
- C.A. Lyon, 13 février 2003, SARL Formaholt *c/* SARL Indy, JurisData n° 2003-218257
- C.A. Lyon, 10 avril 2003, Inédit : cité par Martine Behar-Touchais, « La rupture d'une relation commerciale établie », *LPA*, 2008, n° 203, p. 9 et s., n° 17
- C.A. Lyon, 10 mai 2003, Sté PN Gerolymatos *c/* Sté Aventis Pasteur MSD, JurisData n° 2003-218870
- C.A. Lyon, 12 juillet 2005, SA Sobadis *c/* SA Lyonnaise de développement commercial.
- C.A. Lyon, 18 mai 2006, SARL Groupe Top Model *c/* Universel Coiffure, n° 04/06624
- C.A. Lyon, 26 octobre 2006, JurisData n° 2006-320959
- C.A. Lyon, 22 novembre 2007, SARL Cap Holder's *c/* SA Nouvelle point cadres, JurisData n° 2007-352364
- C.A. Lyon, 19 mars 2009, Sté Hypromat France *c/* Sté DG SARL, JurisData n° 2009-021188
- C.A. Lyon, 7 janvier 2010, SARL Jema *c/* SARL Bleu Blanc Rouge, Inédit, n° 08/07590
- JurisData n° 2005-292526
- C.A. Lyon, 25 mars 2010, Sté Camille et Lucie *c/* TRC Design, n° 09/01622

13. Metz

- C.A. Metz, 18 octobre 2011, JurisData n° 2011-027800

14. Montpellier

- C.A. Montpellier, 19 janvier 1962, Epoux Darde *c/* Bergerot : *D.*, 1963, p. 172, note Givord
- C.A. Montpellier, 21 septembre 2004, SARL L'échelle européenne *c/* SARL L'échelle nantaise, JurisData n° 2004-263917
- C.A. Montpellier, 24 avril 2007, Sté Diapolo *c/* C.H. Optic, n° 05/06228
- C.A. Montpellier, 5 juin 2007, SARL Plum'art Déco *c/* SARL Literie d'Oc, JurisData n° 2007-343795

- C.A. Montpellier, 17 novembre 2009, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Midi c/ Sté BRR, Inédit, n° 08/07233

15. Nîmes

- C.A. Nîmes, 20 décembre 2002, Warczyglowa c/ Yves Rocher, n° 02/3168, JurisData n° 2002-199407 : *D.*, 2003, p. 2431, obs. Ferrier
- C.A. Nîmes, 23 juin 2005, Sté Induyco c/ Vannereux, n° 03/02399, JurisData n° 2005-282018
- C.A. Nîmes, 17 avril 2008, SARL DG Avignon c/ SARL L.C. Amazonia, JurisData n° 2008-C.A. Nîmes, 29 juin 2009 : *Cab. dr. entr.*, 2011, n° 4, dossier 22
- C.A. Nîmes, 9 octobre 2008, SARL Paraland Beauteland c/ SELARL Bauland & Gladel, JurisData n° 2008-007474
- C.A. Nîmes, 3 décembre 2009, SNC Boudon Gisclon c/ SA Maxi Livres, n° 08/05180-363533

16. Orléans

- C.A. Orléans, 17 février 2011, n° 10/00399 : *RTD com.*, 2011, p. 764, note Le Cannu et Dondero
- C.A. Orléans, 31 mars 2011, SARL Goodwill Trader c/ SAS Michel Simond Développement, JurisData n° 2011-009947

17. Paris

- C.A. Paris, 2 août 1870 : *DP*, 1871, 2, p. 16
- C.A. Paris, 24 juin 1963, Sté SOVC c/ Boncourt : *D.*, 1964, somm., p. 46
- C.A. Paris, 12 octobre 1966, Sté Massey Ferguson c/ Sté des Etablissements Rivière et Cie : *D.*, 1967, p. 516
- C.A. Paris, 12 mars 1985, Sté Le grand Vatel c/ Sté Per Spook Paris rive droite, JurisData n° 1985-021005
- C.A. Paris, 9 janvier 1986, JurisData n° 1986-020012
- C.A. Paris, 17 avril 1986, Fremiot c/ SA France chauffage, JurisData n° 1986-021437
- C.A. Paris, 30 avril 1987, Cormier c/ SA Natalys, JurisData n° 1987-025107
- C.A. Paris, 20 novembre 1987, Sté Ecole de pilotage Le Luc c/ Sté Ecole de pilotage Jean-Michel Fabre, JurisData n° 1987-027309
- C.A. Paris, 17 janvier 1989 ; *D.*, 1989, somm. p. 52, obs. D. Ferrier
- C.A. Paris, 10 mars 1989, Sté Lypobar c/ Sté A la croissanterie, JurisData n° 1989-020774
- C.A. Paris, 18 mai 1989 : *JCP E*, 1989, I, 180
- C.A. Paris, 5 juin 1989, JurisData n° 1989-022699
- C.A. Paris, 27 septembre 1990 : *Contrats conc. consom.*, 1991, comm. 12
- C.A. Paris, 8 novembre 1990, Sté Rigodon c/ Otte, JurisData n° 1990-025130
- C.A. Paris, 4 mars 1991, Nedelec c/ SNC Athlete's Foot, JurisData n° 1991-021270
- C.A. Paris, 4 mars 1991 : *D.*, 1991, inf. rap., p. 103
- C.A. Paris, 4 mars 1991, Actim c/ Le Tuc Immobilier
- C.A. Paris, 4 avril 1991, AGS Diffusion c/ Parfums Loris Azarro, JurisData n° 1991-022818 : *Cont. conc. consom.*, 1991, comm. 164, obs. Vogel
- C.A. Paris, 17 février 1992 : *Contrats conc. consom.*, 1992, comm. 52, note Vogel

- C.A. Paris, 22 septembre 1992, Marie c/ Sté Athlete's Foot France, JurisData n° 1992-022775
- C.A. Paris, 9 décembre 1992 : *D.*, 1994, p. 223, obs. Serra
- C.A. Paris, 29 juin 1993, Lavidis c/ Promodes, JurisData n° 1995-021899
- C.A. Paris, 1er juillet 1993, Favac c/ Cincerella, JurisData n° 1993-022489
- C.A. Paris, 1er juillet 1993, SARL Favac c/ SA Cinderella : *LPA*, 1993, n° 125, p. 12, note Gast
- C.A. Paris, 13 octobre 1993 : *Gaz. Pal.*, 1994, 1, somm. 386
- C.A. Paris, 18 novembre 1993 : *RJDA*, 1994, n° 11, n° 1130.
- C.A. Paris, 20 septembre 1994, SA France Chauffage c/ SA Villin, JurisData n° 1994-023140
- C.A. Paris, 25 janvier 1995, Sté Free Time c/ Castelle Grill et Mac Donald's, JurisData n° 1995-041853
- C.A. Paris, 6 juillet 1995 : *LPA*, 1996, n° 91
- C.A. Paris, 18 janvier 1996, Inédit : cité par Jean-Paul Clément, note sous C.A. Paris, 6 février 1996, *RJ com.*, juin-septembre 1996
- C.A. Paris, 6 février 1996, Sté Paris Sud Location c/ Dame Agopyan : *D.*, 1996, I.R., n° 77 ; *Administrer*, 1996, n° 279, p. 6 et s., note Belot ; *RDI*, 1996, n° 18, p. 289, note Collart-Dutilleul ; *RF compt.*, 1996, n° 280, p. 48 et s., note Fabre
- C.A. Paris, 13 novembre 1996, Cordier c/ M.P., JurisData n° 1996-023347
- C.A. Paris, 24 janvier 1997, JurisData n° 1997-020353
- C.A. Paris, 18 mars 1997, JurisData n° 1997-023957
- C.A. Paris, 26 juin 1997, Serveau c/ Sté Franchise Comptoirs Modernes, JurisData n° 1997-022608
- C.A. Paris, 1er octobre 1997 : *D.*, 1998, p. 445, obs. Malaurie-Vignal
- C.A. Paris, 19 novembre 1997, Sté Gelor c/ Lamour, JurisData n° 1997-024318
- C.A. Paris, 7 janvier 1998, SA FA1 c/ SARL Agence de Créteil, JurisData n° 1988-020116
- C.A. Paris, 3 juillet 1998, ITM Entreprises c/ SA de distribution alsacienne, JurisData n° 1998-022261
- C.A. Paris, 6 novembre 1998 : *RJDA*, 1999, n° 400
- C.A. Paris, 12 février 1999 : *D.*, 2000, somm. 211, obs. Serra
- C.A. Paris, 21 mai 1999, JurisData n° 1999-024685
- C.A. Paris, 18 juin 1999, Sté Groupe Moniteur c/ Sté Observatoire des marchés publics : *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 21, note Caron ; *JCP E*, 2000, 1377, obs. Gablin ; *RIDA*, 2000, n° 1, p. 316
- C.A. Paris, 15 décembre 1999, JurisData n° 1999-102149
- C.A. Paris, 21 avril 2000, Sté Lafont c/ L.V.T., n° 1998/02532 : *D.*, 2002, p. 1264, note Auguet
- C.A. Paris, 4 octobre 2000, SCI FBH Champigny c/ SA Atlas : *AJDI*, 2001, jur., p. 244, note Derruppé ; *D.*, 2001, p. 1718, note Kenfack ; *D.*, 2001, p. 301, note Ferrier ; *JCP G*, 2001, II, 10467, note Boccara ; *LPA*, 2000, n° 229, p. 12, note Derruppé
- C.A. Paris, 4 octobre 2000, Sté Nicogi c/ Sté Gan Vie *AJDI*, 2001, Jur., p. 244, note Derruppé ; *D.*, 2001, p. 1718, note Kenfack ; *D.*, 2001, p. 301, note Ferrier ; *JCP G*, 2001, II, 10467, note Boccara ; *LPA*, 2000, n° 229, p. 12, note Derruppé
- C.A. Paris, 18 octobre 2000, Légo : *D.*, 2001, p. 850, note Passa
- C.A. Paris, 14 janvier 2002, Sté Audika : *BRDA*, 2002, n° 8, n° 18
- C.A. Paris, 3 octobre 2002, SARL Pétale de rose c/ SA Au nom de la rose, JurisData n° 2002-191447

- C.A. Paris, 6 mai 2002, SA Aldeta c/ SA Althair, JurisData n° 2002-179307
- C.A. Paris, 7 mai 2002, Ministère de l'économie c/ SARL Benetton France Trading, JurisData n° 2002-212444
- C.A. Paris, 4 octobre 2002, SA Garage A. Picot c/ SA Michel, n° 2001/09402 : LPA, 2003, n° 182, p. 4, note Bertin
- C.A. Paris, 6 février 2003, SA Nouvelle vision c/ SA ENA, JurisData n° 2003-206356
- C.A. Paris, 18 juin 2003, Sté Mignan & Fils c/ Sté Zannier, JurisData n° 2003-225468 : *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 2, comm. 19, note Leveneur
- C.A. Paris, 30 octobre 2003, SA Levi Strauss Continental c/ SA Forward & cie, JurisData n° 2003-230107
- C.A. Paris, 8 avril 2004, Sté Laboratoire Médiligne c/ Sté Replay Incentive Consulting, JurisData n° 2004-254237
- C.A. Paris, 4 mai 2004, Suzuki
- C.A. Paris, 1er décembre 2004, Sté Parfums Parour c/ Sté RWD : *RJDA*, 2005, n° 6, p. 643
- C.A. Paris, 12 janvier 2005, Blanco c/ Burton, JurisData n° 2005-260198
- C.A. Paris, 12 janvier 2005, SARL Soixante c/ SA ADA, JurisData n° 2005-277027 : LPA, 2005, n° 244, p. 9, note Marot
- C.A. Paris, 2 février 2005, Martinez c/ Saddier Solimena, JurisData n° 2005-268878
- C.A. Paris, 8 juin 2005, SA LCJ Diffusion c/ SA La Roche Posay, JurisData n° 2005-275305
- C.A. Paris, 1er février 2006, Sté de Neuville c/ Sté Sez nec, JurisData n° 2006-309721
- C.A. Paris, 8 mars 2006, SA Galerie Sainte Anne c/ SA Mendes, JurisData n° 2006-299515 : *Contrats conc. consom.*, 2006, comm. 133, obs. Malaurie-Vignal ; *RLDC*, 2006, n° 4, p. 79, obs. Fasquette et Roberval
- C.A. Paris, 7 juin 2006, Sté Astarte c/ Daufouy, JurisData n° 2006-312420
- C.A. Paris, 13 septembre 2006, JurisData n° 2006-312382
- C.A. Paris, 6 octobre 2006, JurisData n° 2006-332901
- C.A. Paris, 11 octobre 2006, Sté Abias-Tadi c/ Sté Française exotique de ditribution en réseau, n° 04/22481, JurisData n° 2006-322713
- C.A. Paris, 27 octobre 2006, S.A. GISI c/ Société InterKom, n° 05/24084, JurisData n° 2006-340621
- C.A. Paris, 23 novembre 2006, Sté Rétépil c/ Sté Arwen, JurisData n° 2006-339929
- C.A. Paris, 20 juin 2007, SARL DL c/ SA AFME, JurisData n° 2007-344968
- C.A. Paris, 20 juin 2007, Inédit : RG n° 05/04931 ; cité par Francois-Luc Simon, « L'extinction du contrat de franchise (numéro spécial : un an d'actualité juridique en droit de la franchise) », LPA, 2008, n° 243, p. 55, n° 271
- C.A. Paris, 28 juin 2007, SARL AME c/ SA Carré Blanc Distribution, Inédit, n° 05/10038
- C.A. Paris, 16 octobre 2007, Bijourama/Festina France
- C.A. Paris, 22 novembre 2007, Sté Prodim c/ Sté Francap, JurisData n° 2007-356526
- C.A. Paris, 29 novembre 2007, Marrache c/ SA Céline, JurisData n° 2007-353808
- C.A. Paris, 2 avril 2008, Prodim c/ Grilloise distribution, JurisData n° 2008-364977
- C.A. Paris, 2 avril 2008, Sté Nouvelle Sociale c/ Sté Peugeot Citroën Automobiles SA, Inédit, n° 06/09216
- C.A. Paris, 18 avril 2008, SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific Création, n° 07/04360 ; cité par N. Ferrier et L. Sautonie-Laguionie, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », *RTD civ.*, 2011, n° 2, p. 225
- C.A. Paris, 6 mai 2008, SA Lafarge Ciments

- C.A. Paris, 6 juin 2008, Inédit, n° 07/03323
- C.A. Paris, 17 septembre 2008, Sté SFR c/ Sté Edirect, Inédit, n° 07/10382
- C.A. Paris, 24 septembre 2008, SA Valfinances / Malteste, n° 06/04420, JurisData n° 2008-374047
- C.A. Paris, 24 octobre 2008, Sté maismoinscher.com c/ Sté Yamaha Corporation, Inédit, n° 07/07074
- C.A. Paris, 19 novembre 2008, SARL Gerdy c/ SA Alizés, JurisData n° 2008-372538
- C.A. Paris, 4 décembre 2008, S.A.R.L. Chelmarne Voyages c/ S.A. Nouvelles Frontières distribution, n° 05/23981, JurisData n° 2008-006263
- C.A. Paris, 21 janvier 2009, SARL B3D c/ SARL Andyco, Inédit, n° 06/11392
- C.A. Paris, 9 avril 2009, Everaere c/ SAS Kodak Pathe, n° 06/14632, JurisData n° 2009-012644
- C.A. Paris, 16 septembre 2009, Sté ETE c/ Sté SFR, Inédit, n° 08/23780 : disponible sur LexisNexis
- C.A. Paris, 17 septembre 2009, SARL La Gadgetomanie c/ SA Soho, Inédit, n° 05/20661
- C.A. Paris, 25 février 2010, SAS Prodim c/ Sté Distribution Alimentaire Parisienne, JurisData n° 2010-005409
- C.A. Paris, 19 mai 2010, Sodacob c/ Equip'buro 59, n° 08/08128, JurisData n° 2010-011820
- C.A. Paris, 19 mai 2010, n° 2010-011841
- C.A. Paris, 30 septembre 2010 : *LPA*, 2011, n° 40, p. 7, note Tiquant
- C.A. Paris, 25 novembre 2010, Sté Pergo c/ Me Michel Morand, Inédit, n° 09/12159
- C.A. Paris, 30 juin 2011, EURL Sur Mesure Minceur c/ SARL Eurocom Systems, n° 06/20603, JurisData n° 2011-015421
- C.A. Paris, 17 novembre 2011, SARL EAS Fret c/ Sté DHL Express, n° 08/06976, JurisData n° 2011-028030
- C.A. Paris, 23 mars 2012, The Mad Science Group c/ Activités Ludorécréatives assurées, n° 11/11910
- C.A. Paris, 4 avril 2012, AFASER c/ Tuffery, JurisData n° 2012-006672
- C.A. Paris, 30 mai 2012, SAS Socorest c/ SA Speed Rabbit Pizza, n° 10/21316
- C.A. Paris, 31 janvier 2013 : *Cont. conc. consom.*, 2013, n° 3, p. 27, note Decocq
- C.A. Paris, 6 mars 2013 : *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 113, note Malaurie-Vignal

18. Pau

- C.A. Pau, 22 mai 1985 : D., 1986, IR, 339, obs. Serra
- C.A. Pau, 4 octobre 1994, Royer c/ Jabin, JurisData n° 1994-049099
- C.A. Pau, 26 juillet 2000, France Acheminement c/ CPAM, JurisData n° 2000-130666
- C.A. Pau, 21 février 2006, SARL XA Plast c/ SA Cableries de Bagnères de Bigorre, Inédit, n° 04/03168
- C.A. Pau, 8 janvier 2008, SA Flora Partner c/ SARL Madyben, JurisData n° 2008-355369
- C.A. Pau, 14 février 2011, Sté Immobilier conseils et autres c/ Bas, n° 10/02587

19. Poitiers

- C.A. Poitiers, 14 septembre 1994, SARL L'onglerie c/ Mme Sabadie, JurisData n° 1994-052602

- C.A. Poitiers, 13 septembre 2005, SARL Safral c/ SA Le faillitaire expansion, JurisData n° 2005-287162

20. Reims

- C.A. Reims, 24 avril 1989 : *Gaz. Pal.*, 1989, II, p. 423, note Fontbressin ; *LPA*, 1989, n° 65, p. 26 ; *RTD com.*, 1989, p. 683 ; *JCP E*, 1989, II, 15677

21. Rennes

- C.A. Rennes, 31 mars 1993, EURL Super du Bocage c/ SNC CMER et SA Franchise comptoirs modernes, JurisData n° 1993-048481
- C.A. Rennes, 20 janvier 2004 : *JCP E*, 2004, 1191, note Vilmart
- C.A. Rennes, 23 mars 2004 : *JCP E*, 2005, 446
- C.A. Rennes, 23 octobre 2007, SARL Les conquérants c/ SAS Prodim, JurisData n° 2007-367061
- C.A. Rennes, 17 juin 2008, SARL Saga cuisines c/ SAS Plus International, n° 08/01145, JurisData n° 2008-006572
- C.A. Rennes, 29 octobre 2008, SARL Florelys Beauté c/ SA Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher, JurisData n° 2008-008018
- C.A. Rennes, 20 janvier 2009, SAS Hugo Boss France c/ SAS Espace masculin, JurisData n° 2009-009211
- C.A. Rennes, 3 novembre 2009, Sté Audio AG c/ Sté Arbitier, Inédit, n° 08/07491
- C.A. Rennes, 12 janvier 2010, SARL Fest Breizh c/ SARL TB Expansion, JurisData n° 2010-015078
- C.A. Rennes, 23 février 2010, SAS Fiventis c/ Brasset, Inédit, n° 08/08973 et 08/08350
- C.A. Rennes, 2 novembre 2010, Sté Landousie c/ Sté Groupe Elancia, JurisData n° 2010-031572

22. Riom

- C.A. Riom, 29 juin 2004 : *LPA*, 2006, n° 48, p. 8, obs. Mainguy, Respaud et Cadoret
- C.A. Riom, 20 juin 2007, Sté Item c/ Sté Babou, Inédit, n° 06/01272

23. Rouen

- C.A. Rouen, 8 février 1974 : *Rev. sociétés*, 1974, p. 507, note Rodière *RTD com.*, 1974, p. 291, obs. Houin
- C.A. Rouen, 14 mai 1992, JurisData n° 1992-048824
- C.A. Rouen, 15 mai 2003, Siour c/ SARL Flora Création, n° 01/04530, JurisData n° 2003-218829
- C.A. Rouen, 13 mars 2007, SA ITM Eentreprises c/ SA Nonancourt Distribution, JurisData n° 2007-332205
- C.A. Rouen, 15 septembre 2011, Carrefour proximité France c/ M. et Mme X.

24. Toulouse

- C.A. Toulouse, 6 décembre 1996 : *D. aff.*, 1996, p. 392
- C.A. Toulouse, 4 décembre 1997, JurisData n° 1997-056215

- C.A. Toulouse, 1er mars 1999, Sté Troc de l’Ile c/ Sté Nicolas, JurisData n° 1999-040352
- C.A. Toulouse, 25 mai 2004, EURL France Evaluation c/ Blervaque, n° 02/02808, JurisData n° 2004-247226
- C.A. Toulouse, 13 octobre 2006, Compain c/ France Acheminement, JurisData n° 2006-327205
- C.A. Toulouse, 22 mai 2007 Audaly c/ International Esthétique Epil Center, JurisData n° 2007-343492
- C.A. Toulouse, 6 décembre 2007, SARL B2M c/ SARL Sac Story, JurisData n° 2007-363862
- C.A. Toulouse, 13 janvier 2010, SARL Poitiers Pizza Distribution Popidis et autres c/ SA Socorest, n° 08/01751

25. Versailles

- C.A. Versailles, 8 décembre 1994 : *D.*, 1995, somm. 261, obs. Serra
- C.A. Versailles, 4 mars 1999, Pharma Beauté institut c/ GEPHAV, JurisData n° 1999-135154
- C.A. Versailles, 9 septembre 1999 : *D.*, 2000, somm. 311, obs. Serra
- C.A. Versailles, 27 janvier 2000 : *LPA*, 2000, n° 237, p. 25
- C.A. Versailles, 22 novembre 2001, SA Thalia c/ SAS SPizza 30, n° 00/06445, JurisData n° 2001-183225
- C.A. Versailles, 20 janvier 2005, SARL Cap Ile de France c/ Distribution Casino France, Inédit, n° 03/08284
- C.A. Versailles, 18 mai 2006, S.A.S. Viastaël c/ S.A. Maille du Pevele, n° 04/08829, JurisData n° 2006-321841
- C.A. Versailles, 31 janvier 2007 ; *LPA*, 2007, Dossier spécial droit de la franchise, p. 56
- C.A. Versailles, 10 mars 2010, Carrefour c/ Carré blanc boutiques, n° 09/08770
- C.A. Versailles, 3 juin 2010, Sté Jourand Le Gall Immobilier c/ Sté Laforêt Immobilier, n° 07/04939
- C.A. Versailles, 7 octobre 2010, SARL Beaver c/ SAS Extelia, Inédit, n° 09/04974

C. Cour de cassation

1. Anciennes formations

a. Chambre des requêtes

- Cass. Req., 17 mai 1832 : *S.*, 1832, 1, p. 849
- Cass. Req., 17 décembre 1873 : *S.*, 1874, 1, p. 409, note Labbé
- Cass. Req., 29 juillet 1908 : *DP*, 1909, 1, 281, note Lacour
- Cass. Req., 18 octobre 1933 : *S.*, 1933, 1, p. 384
- Cass. Req., 16 novembre 1943 : *S.*, 1944, 1, p. 15, note Picard

b. Chambre civile

- Cass. Civ., 24 juin 1845 : *S.*, 1846, 1, p. 551
- Cass. Civ., 22 juin 1864 : *DP*, 1864, 1, p. 412
- Cass. Civ., 13 mai 1885 : *D.*, 1885, 1, p. 350

- Cass. Civ., 27 mai 1908 : *D.*, 1908, p. 459
- Cass. Civ., 28 mars 1928 : *DP*, 1930, 2, p. 145, note Pic
- Cass. Civ., 17 mai 1944 : *S.*, 1944, 1, 132
- Cass. Civ., 6 février 1952, *Bull. civ.*, I, n° 52
- Cass. Civ., 10 avril 1954 : *D.*, 1954, p. 54
- Cass. Civ., 13 novembre 2003, Foncière Paris Aquitaine, n° 02-10.229 : *D.*, 2004, p. 657, note Najjar

2. Première chambre civile

- Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 1956, *Bull. civ.*, I, n° 290 : *D.*, 1956, somm., p. 158
- Cass. Civ. 1ère, 16 mai 1960, *Bull. civ.*, n° 258
- Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1970, *Bull. civ.* I, n° 41
- Cass. Civ. 1ère, 27 juin 1973, *Bull. civ.* I, n° 221
- Cass. Civ. 1ère, 21 décembre 1981 : *Gaz. Pal.*, 1982, 2, 398 note Perrot
- Cass. Civ. 1ère, 9 mars 1982 : *RTD Civ.*, 1983, p. 193, obs. Perrot
- Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1998, n° 96-13.972 : *JCP G*, 1998, II, 10148, note Piedelièvre
- Cass. Civ. 1ère, 11 mai 1999, Guinot c/ Villeneuve & Burel, n° 97-14.493 : *Defrénois*, 1999, art. 37041, note Mazeaud ; *Dr. et patr.*, 2001, n° 91, p. 33, note Auguet ; *D.*, 1999, p. 385 ; *LPA*, 2000, n° 158, p. 4 et s.
- Cass. Civ. 1ère, 13 février 2001, Lucas c/ SA Gestion de patrimoines, n° 98-15.092, *JurisData* n° 2001-008272 : *RTD civ.*, 2001, n° 2, p. 350, note Mestre et Fages ; *JCP G*, 2001, I, 330, obs. Rochfeld ; *Defrénois*, 2002, p. 476, note D. Robine
- Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 423, n° 02-21.366 : *D.*, 2006, p. 587, note Mekki ; *RLDC*, 2006, n° 23, p. 13, note Le Gallou ; *RTD civ.*, 2006, n° 1, p. 114, note Mestre et Fages ; *RDC*, 2006, n° 3, p. 696, note Laithier ; *JCP E*, 2006, n° 27, p. 1215, note André ; *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, p. 97, note Aynès et Stoffel-Munck
- Cass. Civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Bull. civ.* 2007, III, n° 19, n° 06-13.983 : *JCP G*, 2007, I, 161, obs. Mekki ; *D.*, 2007, p. 1119, note Gout *RTD civ.*, 2007, p. 342, obs. Mestre et Fages *RDC*, 2007, n° 3, p. 719, obs. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.*, 2007, comm. 144, obs. Leveneur
- Cass. Civ. 1ère, 6 mars 2007, *Bull. civ.* I, n° 93, n° 06-10.946 : *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, p. 67, note Nourissat ; *RTD Com.*, 2008, n° 1, p. 210, note Delebecque
- Cass. Civ. 1ère, 11 juin 2009, Société Nouvelle Laurent et autre c/ Sté Peugeot Citroen Automobiles, Inédit, n° 08-16.675

3. Deuxième chambre civile

- Cass. Civ. 2e, 6 avril 1987, *Bull. civ.* II, n° 86 : *GAJAC*, 11e éd., n° 204-206 ; *D.*, 1988, p. 32, note Mouly ; *JCP G*, 1987, II, 2828, note Chabas ; *Defrénois*, 1997, art. 1136, note Aubert ; *RTD civ.*, 1987, p. 767, obs. Huet
- Cass. Civ. 2e, 10 janvier 2008, n° 07-13.558 : *Cont. conc. consom.*, 2008, comm. 71, note Malaurie-Vignal ; *D.*, 2009, p. 2888, note Ferrier ; *D.*, 2009, p. 1441, note Picod ; *LPA*, 2008, n° 243, p. 79
- Cass. Civ. 2e, 16 décembre 2010, Prodim c/ Casino Distribution France, n° 10-14.862, *JurisData* n° 2010-024059

4. *Troisième chambre civile*

- Cass. Civ. 3e, 19 février 1970, Bull. civ. 1970, III, n° 123 *Gaz. Pal.*, 1970, I, p. 282 ; *RTD civ.*, 1970, p. 785, obs. Durry
- Cass. Civ. 3e, 21 mars 1972, Manrot Le Goarnic c/ Sté Diffusion industrielle nouvelle, Bull. civ., III, n° 193, n° 70-14.131, JurisData n° 1972-098193 : *JCP G*, 1973, II, 17400, note Sayag
- Cass. Civ. 3e, 17 janvier 1984 : *RTD civ.*, 1984, p. 711, obs. Mestre
- Cass. Civ. 3e, 1er avril 1992, Escure c/ Robert, n° 90-14.899 : *Contrats conc. consom.*, 1992, comm. 148, note Leveneur
- Cass. Civ. 3e, 13 novembre 1997, Bull. civ. III, n° 202, n° 95-21.311 : *RTD civ.*, 1998, p. 124, Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, Sté Comptoirs modernes économiques de Rennes c/ Sté La Palière distribution, *Bull. civ.* III, n° 139, n° 98-21.671, JurisData n° 2000-002876 : *Administrer*, 2000, n° 11, p. 28, note Barbier ; *D.*, 2000, p. 399, obs. Monéger-Dupuis ; *RTD com.*, 2000, p. 871, obs. Monéger ; *AJDI*, 2000, p. 926, obs. Blatter ; *Loyers et copr.*, 2001, comm. 10, obs. Brault
- Cass. Civ. 3e, 12 juillet 2000, n° 98-21.671
- Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002, Trévisan / Basquet, n° 00-20.732 : *JCP G*, 2002, II, 10112, p. 1312, note Auque ; *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 111, obs. Malaurie-Vignal ; *Contrats, conc. consom.*, 2002, comm. n° 155, obs. Leveneur ; *JCP E*, 2002, Cah. dr. ent. n° 5, p. 29, obs. Respaud
- Cass. Civ. 3e, 5 février 2003, n° 01-16.672 : *RTD com.*, 2003, p. 275, note Monéger ; *Dr. et patr.*, 2003, n° 117, p. 92, note Chauvel ; *AJDI*, 2003, n° 9, p. 581, note Dumont ; *LPA*, 2003, n° 183, p. 8, note Marot ; *JCP G*, 2004, n° 11, p. 463, note Meyer-Gast
- obs. Jourdain ; *Defrénois*, 1998, art. 36850, obs. Sénéchal ; *D.*, 1998, somm., p. 97, obs. Honorat
- Cass. Civ. 3e, 31 mars 2005, SCI Boissières de Guermantes c/ SCA Cottages de Guermantes, n° 03-20.096, JurisData n° 2005-027809 : *JCP G*, 2005, IV, 2122 ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 10, p. 94, obs. Stoffel-Munck ; *RDC*, 2005, n° 4, p. 1025, obs. Stoffel-Munck ; *JCP G*, 2005, I, 194, n° 7, obs. Serinet

5. *Chambre commerciale*

- Cass. Com., 12 mars 1963, *Bull. civ.* III, n° 152
- Cass. Com., 3 janvier 1964, Bull. civ. IV, n° 3
- Cass. Com., 16 mars 1965, Comptoir Typesales c/ Omnium national de contrôle, Bull. civ. III, n° 199, n° 60-13.486
- Cass. Com., 23 mars 1965, Bull. civ. III, n° 228
- Cass. Com., 2 mai 1965, Bull. civ. IV, n° 68
- Cass. Com., 19 juillet 1965, Bull. civ. III, n° 460
- Cass. Com., 20 juillet 1965, Bull. civ., III, n° 466
- Cass. Com., 18 janvier 1966, *Bull. civ.* III, n° 31
- Cass. Com., 17 janvier 1967 : *RTD com.*, 1967, p. 152, obs. Chavanne
- Cass. Com., 29 mai 1967, Bull. civ., III, n° 209
- Cass. Com., 30 octobre 1968 : *JCP G*, 1969, II, 15964, note Prieur
- Cass. Com., 22 janvier 1969, Sté Massey Ferguson c/ Sté des Etablissements Rivière et Cie : *JCP G*, 1969, II, 16066, note Hémard

- Cass. Com., 11 octobre 1971, Société européenne de brasserie c/ Sechet, n° 70-11.892 : *D.*, 1972, p. 120
- Cass. Com., 29 février 1972 : *D.*, 1972, p. 397 ; *RTD com.*, 1972, p. 695, obs. Chavanne
- Cass. Com., 15 octobre 1974, Comptoir industriel du Pacifique c/ Comptoir polynésien, *Bull. civ.*, IV, n° 247, n° 73-13.321
- Cass. Com., 16 octobre 1974 : *JCP G*, 1975, II, 18150, note J. H
- Cass. Com., 13 mai 1975 : *JCP G*, 1975, IV, 211
- Cass. Com., 21 février 1978, Universal c/ Mitsubishi, *Bull. civ. IV*, n° 73, n° 76-12.716
- Cass. Com., 13 juillet 1978, *Bull. civ. IV*, n° 164
- Cass. Com., 13 mars 1979 *D.*, 1980, p. 1, obs. Serra
- Cass. Com., 18 décembre 1979, Montagna c/ Christian Dior, *Bull. civ. IV*, n° 340, n° 78-11.393
- Cass. Com., 17 avril 1980, Volvo France c/ AB Volvo, *Bull. civ. IV*, n° 152, n° 78-14.618
- Cass. Com., 28 avril 1980, *Bull. civ. IV*, n° 166, n° 78-15.051 : *JCP G*, 1982, II, 19791, note Azéma
- Cass. Com., 7 juillet 1980, Vincent c/ Mercedes Benz France, *Bull. civ. IV*, n° 288, n° 78-15.735
- Cass. Com., 9 juillet 1980 : *BRDA*, 1980, n° 23, p. 12
- Cass. Com., 16 juillet 1980, Buffin, *Bull. civ. IV*, n° 297, n° 78-15956
- Cass. Com., 1er décembre 1981, *Bull. civ. IV*, n° 423
- Cass. Com., 10 mars 1982, n° 80-14.579 : *D.*, 1983, IR, p. 55, obs. Serra
- Cass. Com., 25 avril 1983, BMW France c/ Automobiles Louis-Gérard Benoit, *Bull. civ. IV*, 1983, n° 123, n° 82-11.050 : *JCP G*, 1983, II, 20090
- Cass. Com., 19 octobre 1983, *Bull. civ. IV*, n° 271, n° 82-12619
- Cass. Com., 4 juillet 1984, Ferreira c/ Caisse primaire d'assurance maladie de Roanne, n° 83-15.445 : *D.*, 1984, IR, p. 445, obs. Serra
- Cass. Com., 17 octobre 1984, SARL Sibio & autres c/ Dame Siboni : *D.*, 1985, p. 396, note Serra
- Cass. Com., 6 novembre 1984, Presta-Music, *Bull. civ. IV*, n° 293, n° 83-12.999
- Cass. Com., 8 avril 1986, Timwear Tricotage Industriel Moderne c/ Marc Van Beurden, *Bull. civ. IV*, n° 58, n° 84-12.943
- Cass. Com., 3 juin 1986, Sanitar c/ Nussbaum, *Bull. civ. IV*, n° 110, n° 84-16.971 : *D.*, 1988, somm. p. 212, obs. Serra
- Cass. Com., 9 décembre 1986, Sté Issasa c/ Sté Gérome Coiffure ; *D.*, 1988, somm., p. 22, obs. Ferrier
- Cass. Com., 6 janvier 1987, VAG France c/ Garage de Tessancourt, *Bull. civ. IV*, n° 7, n° 85-16.823
- Cass. Com., 24 février 1987, *Bull. civ. IV*, n° 58
- Cass. Com., 13 décembre 1988, Lanvin parfums c/ Rocadis Centre Leclerc, *Bull. civ. IV*, n° 341, n° 87-15.521 *JCP G*, 1989, IV, 61
- Cass. Com., 13 décembre 1988, Axel Courrèges c/ Goguet, *Bull. civ. IV*, n° 344, n° 87-16.098 : *JCP G*, 1989, IV, 61
- Cass. Com., 31 janvier 1989, *Bull. civ. IV*, n° 45, n° 86-14.511 : *D.*, 1989, p. 335, note Malaurie
- Cass. Com., 7 mars 1989 : *JCP G*, 1990, II, 21391, note Dorsner-Dolivet
- Cass. Com., 21 mars 1989, *Bull. civ. IV*, n° 97 et 98 : *D.*, 1989, p. 427, note Bénabent ; *RTD civ.*, 1989, p. 326, obs. Mestre
- Cass. Com., 27 mai 1989 : *RTD com.*, 1990, p. 242, note Bouloc

- Cass. Com., 30 octobre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 260, n° 88-16.804 : *D.*, 1992, somm., p. 332, obs. Serra
- Cass. Com., 18 décembre 1990, S.A. Angdis c/ S.A. des parfums Dior, Inédit, n° 89-12.921, JurisData n° 1990-003682
- Cass. Com., 22 janvier 1991, Mme Rolande c/ SARL L'onglerie, Inédit, n° 89-15.654
- Cass. Com., 5 février 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 51, n° 88-18.400 : *D.*, 1991, IR, p. 69
- Cass. Com., 25 juin 1991, Vervelle c/ Ergand, n° 89-20.506 : *JCP E*, 1992, II, 303, note Virassamy ; *D.*, 1992, jurispr. p. 249, note Batteur ; *D.*, 1993, somm. p. 156, obs. Picod ; *RTD civ.*, 1992, p. 391, obs. Mestre
- Cass. Com., 22 octobre 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 302, n° 89-20.490 : *JCP G*, 1992, I, 3570, obs. Billiau ; *RTD civ.*, 1992, p. 90, obs. Mestre ; *D.*, 1993, p. 181, note Ghestin
- Cass. Com., 17 décembre 1991 : *D.*, 1992, somm., p. 38, obs. Ferrier
- Cass. Com., 25 février 1992, Sté te tiare o huahine c/ sté SERTM, *Bull. civ.* IV, n° 88, n° 90-14.329
- Cass. Com., 27 octobre 1992, Hermès c/ Centre Leclerc Limoges Dis, *Bull. civ.* IV, n° 330, n° 89-21.064 : *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent ; *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434
- Cass. Com., 27 octobre 1992, Pin Ups and Co c/ Azzaro, *Bull. civ.* IV, n° 322, n° 90-15.831 : *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent ; *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434
- Cass. Com., 27 octobre 1992, Leclerc c/ Rochas, Inédit, n° 90-18.944, JurisData n° 1992-002286 : *D.*, 1992, jurispr. p. 507, note Bénabent ; *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434
- Cass. Com., 27 octobre 1992, Ets Goguet c/ Parfums Christian Dior, *Bull. civ.*, IV, n° 332, n° 90-18.943 : *D.*, 1992, jurispr. p. 505, note Bénabent ; *JCP E*, 1992, pan. 1354, p. 434
- Cass. Com., 23 février 1993, Berry distribution centre Leclerc c/ Parfums Givenchy, n° 89-19.371 et 89-20.794 : *JCP G*, 1993, IV, n° 1071, p. 124 ; *JCP E*, 1993, pan. n° 525, p. 166 ; *Gaz. Pal.*, 1993, 2, pan. jurispr., p. 182
- Cass. Com., 23 février 1993, Parfumerie Michelle c/ Chanel, Inédit, n° 90-19375 : *D.*, 1994, p. 318, note Fort-Cardon
- Cass. Com., 9 mars 1993, S.A. Guerlain c/ S.A. Boulogne distribution, Inédit, n° 90-22.150
- Cass. Com., 4 mai 1993, SA Rocamat c/ SA Sogepierre, *Bull. civ.* IV, n° 172, n° 91-17.937 : *JCP G*, 1993, II, 22111, note Boutard-Labarde ; *D.*, 1994, somm., p. 220, obs. Serra
- Cass. Com., 18 mai 1993, Sté Salomon c/ Min. éco., n° 91-20.471, JurisData n° 1993-001037 : *JCP E*, 1993, 738 ; *Gaz. Pal.*, 1998, n° 184, p. 19, note Saint-Esteben
- Cass. Com., 29 juin 1993, n° 91-21.764 : *D.*, 1995, somm., p. 210, obs. Picod ; *Contrats, conc., consom.*, 1993, comm. 193, note Leveneur
- Cass. Com., 12 juillet 1993, Sacopar c/ Parfums Christian Dior, *Bull. civ.*, IV, n° 295, n° 90-19.660 : *Gaz. Pal.*, 1994, 1, pan. p. 115
- Cass. Com., 9 novembre 1993, Beylstein Rousselet Michel et Cie c/ époux X... n° 91-18.351 : *JCP G*, 1994, II, 22304 note Virassamy ; *Rev. sociétés*, 1994, p. 322, note Le Tourneau
- Cass. Com., 4 janvier 1994, n° 91-18.170 : *D.*, 1995, p. 355, note Virassamy ; *RJDA*, 1994, n° 644, p. 522 ; *D.*, 1995, somm. p. 69, obs. Ferrier ; *JCP G*, 1994, I, 3757, n° 10, obs. Jamin ; *RTD civ.*, 1994, p. 352, obs. Mestre

- Cass. Com., 15 mars 1994, Boulogne distribution c/ Parfums et beauté France et Cie, Bull. civ. IV, n° 108, n° 91-13.523
- Cass. Com., 5 avril 1994, Sté Fiat Auto France c/ SA Cachia Holding et autre, Bull. civ. IV, n° 149, n° 92-17.278 *Contrats conc. consom.*, 1994, n° 159, obs. Leveneur ; *RTD civ.*, 1994, p. 603, obs. Mestre ; *JCP G*, 1994, I, 3803, obs. Jamin ; *D.*, 1995, somm., p. 90, obs. Mazeaud ; *D.*, 1995, somm., p. 69, obs. Ferrier ; *D.*, 1995, p. 356, note Virassamy
- Cass. Com., 7 juin 1994, Inédit, n° 92-19.048 ; *RJDA*, 1994, n° 1133
- Cass. Com., 21 juin 1994, Sté Sorolec c/ Sté Natalys, n° 92-12.584, *JurisData* n° 1994-001282 ; *JCP E*, 1995, n° 51, p. 31, note Tardieu-Guigues
- Cass. Com., 5 juillet 1994, SARL Centre de beauté du Faucigny c/ SA Yves Rocher, n° 92-17.918, *JurisData* n° 1994-002223 ; *Cont. conc. consom.*, 1994, comm. 219, obs. Leveneur
- Cass. Com., 18 octobre 1994, Time and Diamonds et autres c/ Monting, n° 92-21.187 et 93-10.219, *JurisData* n° 1994-002027 ; *D.*, 1995, somm. p. 261, obs. Serra ; *JCP G*, 1995, I, 3853, obs. Viney ; *D.*, 1996, jurispr. p. 311, note Krimmer
- Cass. Com., 4 juillet 1995, Sté Jet Océan Indien c/ Sté GO Voyages, Inédit, n° 93-19.022
- Cass. Com., 14 novembre 1995, n° 93-16.299 ; *D.*, 1997, somm., p. 59, obs. D. Ferrier
- Cass. Com., 30 janvier 1996, n° 94-13.799 ; *JCP E*, 1996, 825, note Jamin
- Cass. Com., 12 mars 1996, SNC Nollet c/ Salon, n° 93-17.813 ; *JCP E*, 1996, II, 831, note Paclot ; *Dr. soc.*, 1996, comm. 96, note Bonneau ; *RTD civ.*, 1996, p. 987, obs. J. Mestre ; *D.* 1997, jurispr. p. 133, note Langlès
- Cass. Com., 9 avril 1996, Sté Angoulême Distribution c/ Sté des Parfums Christian Dior, n° 94-12.043, *JurisData* n° 1996-001615 ; *D.*, 1997, somm. p. 26, obs. Mazeaud
- Cass. Com., 18 juin 1996, Dumarest c/ Coulon, n° 93-19.645, *JurisData* n° 1996-005508 ; *D.*, 1998, p. 305, note Jault-Seseke
- Cass. Com., 9 juillet 1996, Conseil national des professions de l'automobile c/ Garage Gauvin, n° 94-14.723 ; *JCP E*, 1996, 872 ; *D.*, 1996, IR, p. 212
- Cass. Com., 9 juillet 1996, Ford c/ Rouby, n° 94-16.655, *JurisData* n° 1996-003351 ; *PIBD*, 1997, III, p. 165
- Cass. Com., 10 décembre 1996, DGCCRF c/ Cora, n° 94-16.192 ; *RJDA*, 1997, n° 530
- Cass. Com., 17 juin 1997, Macron c/ Banque internationale pour l'Afrique occidentale et autres, n° 95-14.105 ; *JCP E*, 1997, II, 1007 ; *D.*, 1997, I.R., p. 165 ; *Gaz. Pal.*, 1998, n° 102-106, p. 84
- Cass. Com., 7 octobre 1997, Sté Maine auto c/ SA Volvo automobile France, n° 95-14.158 ; *JCP G*, 1998, II, 10085, note Chazal ; *Contrats conc. consom.*, 1998, comm. 20, note Leveneur ; *RTD civ.*, 1998, p. 130, obs. Gautier ; *JCP G*, 1998, II, 10110, note Mainguy
- Cass. Com., 7 octobre 1997, Desmazières c/ Stéphane, n° 95-19.518, *JurisData* n° 1997-003951 ; *JCP G*, 1998, II, 10085, note Chazal ; *Contrats conc. consom.*, 1998, comm. 20, note Leveneur ; *RTD civ.*, 1998, p. 130, obs. Gautier ; *JCP G*, 1998, II, 10110, note Mainguy
- Cass. Com., 12 novembre 1997, Sté Adidas Sarragan France c/ Ets J Fournier, n° 94-14.329, *JurisData* n° 1997-005522 ; *D.*, 1996, I.R., n° 43 ; *D. aff.*, 1997, p. 248 ; *RJDA*, 1997, n° 343
- Cass. Com., 10 février 1998, ED Le Maraicher c/ Sté ED Le Maraicher La Courneuve, Bull. civ. IV, n° 71, n° 95-21.906, *JurisData* n° 1998-000524 ; *JCP G*, 1998, IV, 1733
- Cass. Com., 5 mai 1998, Gestion et transactions immobilières c/ FA1, Inédit, n° 95-15.475

- Cass. Com., 19 mai 1998, Chanel *c/* Capitolina Profumi et autres, Bull. Civ., IV, n° 157, n° 96-16.042, JurisData n° 1998-002054 : *JCP E*, 1998, pan. 1193
- Cass. Com., 15 décembre 1998, Barret *c/* Angel's Motos, Inédit, n° 96-21.675 : *PIBD*, 1998, III, p. 130
- Cass. Com., 26 janvier 1999, Sté Canavese *c/* Sté Murisseries du Centre, n° 96-22.457 : *D. aff.*, 1999, p. 508, obs. Emery ; *D.*, 2000, p. 87, note Serra ; *LPA*, 1999, n° 220, p. 11, note Reboul
- Cass. Com., 26 janvier 1999, Sté Automobiles Jean-Yves Berthier *c/* Sté Armorique autos, n° 97-10.964, JurisData n° 1999-000319 : *JCP E*, 1999, pan., p. 248 ; *RLDA*, 1999, n° 114, note Storrer ; *D.*, 1999, p. 241, note Omarjee
- Cass. Com., 6 avril 1999, Daubresse *c/* Phildar, Inédit, n° 96-20.606, JurisData n° 1999-001597
- Cass. Com., 4 mai 1999, Thierry Kam's *c/* Cerrutti 1881, n° 97-13.402 : *RJDA*, 1999, n° 1014 ; *LPA*, 2000, n° 68, p. 16, note Malaurie-Vignal et Reboul
- Cass. Com., 6 juillet 1999, Sté Civile Communication *c/* Sté Aidis, Inédit, n° 96-20.495 : *RJDA*, 1999, n° 1197
- Cass. Com., 19 octobre 1999, Le brasseur *c/* Garage Sorin, n° 97-16.506 : *D.*, 2000, p. 341, note Mauger-Vielpeau ; *Cont. conc. consom.*, 2000, n° 1, p. 15, note Malaurie-Vignal ; *LPA*, 2000, n° 131, note Mathey
- Cass. Com., 23 novembre 1999, Sté Auto 80 *c/* SARL Auto 76, n° 97-20.462 : *PIBD*, 2000, III, p. 177 ; *LPA*, 2000, n° 226, p. 11, note Fraudin et Mathey
- Cass. Com., 11 janvier 2000, SA Séphora *c/* SARL Patchouli Hérouville, Inédit, n° 97-19.604 : *D.*, 2001, p. 468, obs. Durrande
- Cass. Com., 22 février 2000, Bourdon *c/* SNC Prodim, Inédit, n° 97-15.560 : *JCP E*, 2000, p. 1429, note Leveneur ; *Cont. conc. consom.*, 2000, n° 6, p. 22, note Poillot-Peruzzetto
- Cass. Com., 24 octobre 2000, Carrières de Sainte-Marthe *c/* M. Paulet, Bull. civ. IV, n° 163, n° 98-14.382 : *D.*, 2000, p. 429, obs. Marmontel ; *Cont. conc. consom.*, 2001, n° 1, p. 16, note Malaurie-Vignal ; *RTD com.*, 2001, n° 2, p. 427, note Claudel ; *RTD civ.*, 2004, n° 3, p. 451, note Frison-Roche
- Cass. Com., 25 avril 2001, Conseil national des professions de l'automobile *c/* Garage Gauvin, n° 98-21.559 : *JCP E*, 2001, p. 1099, note Fourgoux ; *D.*, 2000, p. 1946, obs. Chevrier ; *Cont. conc. consom.*, 2001, n° 7, p. 19, note Malaurie-Vignal ; *JCP G*, 2002, n° 12, p. 546, note Viney
- Cass. Com., 25 avril 2001, Agricole de Francières *c/* Bonduelle, Inédit, n° 98-22.199 : *D.*, 2001, p. 3237, note Mazeaud ; *Dr. et patr.*, 2001, n° 95, p. 108, note Chauvel ; *RTD civ.*, 2002, n° 1, p. 88, note Mestre et Fages
- Cass. Com., 4 décembre 2001, Volkswagen *c/* Espace Import International, n° 99-10.909 : *Cont. conc. consom.*, 2002, n° 60, obs. Malaurie-Vignal
- Cass. Com., 8 janvier 2002, Sebagh *c/* Galeries Lafayette, n° 98-13.142, JurisData n° 2002-012506 : *Contrats conc. consom.*, 2002, comm. 78, obs. Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 2002, Cah. dr. ent. n° 3, p. 33, obs. Mainguy ; *LPA*, 2003, n° 132, p. 41, note Mathey ; *D.*, 2002, p. 567, obs. Chevrier
- Cass. Com., 12 mars 2002, Sté Troc de l'Ile *c/* Sté Nicolas, Inédit, n° 99-14.762, JurisData n° 2002-013658
- Cass. Com., 9 avril 2002, Constructions Charmilles *c/* époux Z... Inédit, n° 00-13.901
- Cass. Com., 4 juin 2002, n° 99-19.464 : *D.*, 2003, p. 2432, note Ferrier
- Cass. Com., 2 juillet 2002, Sté Intercaves *c/* Le Hen, Inédit, n° 00-14.939 : *RJDA*, 2002, n° 1206

- Cass. Com., 19 novembre 2002, Sté Gilde Aurore c/ Mme Chazalet, n° 01-13.492 : *JCP E*, 2003, n° 3, p. 23, note Mainguy ; *LPA*, 2003, n° 146, p. 15, note Marot
- Cass. Com., 14 janvier 2003, Barahona c/ Sté Hygiène Diffusion, Inédit, n° 00-11.781 : *D.*, 2003, p. 2304, note Kenfack ; *RTD civ.*, 2003, p. 497, obs. Mestre et Fages ; *D.*, 2003, p. 2429, obs. Ferrier ; *JCP E*, 2004, I, 384, note Neau-Leduc ; *RDC*, 2003, p. 159, note Behar-Touchais
- Cass. Com., 11 février 2003, Sté Jeff de Bruges c/ Sté Aixapp, n° 01-03.932, JurisData n° 2003-017835 *LPA*, 2003, n° 186, p. 3, note Perruchot-Triboulet
- Cass. Com., 26 novembre 2003, Alain Manoukian c/ Stuck, n° 00-10.243 et 00-10.949 : *D.*, 2004, p. 869, note Dupré-Dallemagne ; *RTD civ.*, 2004, n° 1, p. 80, note Mestre et Fages ; *Comm. com. électr.*, 2004, n° 3, p. 33, note Stoffel-Munck ; *RTD com.*, 2004, n° 2, p. 187, note Deshayes ; *RDC*, 2004, n° 2, p. 257, note Mazeaud ; *Rev. sociétés*, 2004, n° 2, p. 325, note Mathey ; *JCP G*, 2004, n° 39, p. 1627, note Viney
- Cass. Com., 7 janvier 2004, Sté Pluri Publi c/ Sté GPPA, n° 02-17.091, JurisData n° 2004-021757 : *Contrats, conc. consom.*, 2004, comm. 77, note Malaurie-Vignal ; *D.*, 2005, p. 152, obs. Ferrier
- Cass. Com., 7 janvier 2004, Sofemi c/ SA Comilog, n° 02-11.014, JurisData n° 2004-021692 : *Cont. conc. consom.*, 2004, comm. 39, note Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 2004, 315 ; *D.*, 2004, p. 346, obs. Chevrier
- Cass. Com., 3 mars 2004, Sté Concurrence c/ Sté Sony, n° 02-14.529, JurisData n° 2004-022753 : *JCP E*, 2004, 1247, note Chagny
- Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-10.103 : *Contrats conc. consom.*, 1991, comm. 91, note Leveneur ; *D.*, 2004, p. 1233, obs. Chevrier ; *RLDC*, 2004, n° 6, p. 11, note Doireau ; *Cah. dr. entr.*, 2004, n° 3, p. 38, note Mainguy ; *Rev. Lamy conc.*, 2005, n° 2, p. 43, note Behar-Touchais
- Cass. Com., 12 mai 2004, ABCG participation c/ Auchan, n° 01-12.865 : *RDC*, 2005, n° 2, p. 491, note Van Eeckhout ; *RJ com.*, 2005, n° 2, p. 197, note Lebreton-Derrien ; *Concurrences*, 2004, n° 1, p. 65, note Fasquelle ; *JCP G*, 2004, n° 49, p. 2213, note Sonet ; *JCP E*, 2004, n° 41, p. 1592, note Lachière ; *RLDC*, 2004, n° 7, note Doireau ; *Cont. conc. consom.*, 2004, n° 7, p. 20, note Leveneur
- Cass. Com., 22 mars 2005, Compagnie du grand large c/ Pen Duick n° 02-21.105, JurisData n° 2005-027784 : *Cont. conc. consom.*, 2005, n° 7, p. 22, note Malaurie-Vignal ; *Propr. intell.*, 2005, n° 16, p. 358, note Passa
- Cass. Com., 28 juin 2005, JB distribution c/ Société lyonnaise de développement commercial, Inédit, n° 04-10.038 : *LPA*, 2006, n° 48, p. 3, note Mainguy ; *LPA*, 2006, n° 224, p. 30, note Simon
- Cass. Com., 12 juillet 2005, Jean-Pierre X... c/ Ministère Public, n° 03-14.045 : *Dr. soc.*, 2005, comm. 175, obs. Legros ; *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 22, note Saintourens ; *JCP G*, 2006, I, 115, n° 8, obs. Caussain, Deboissy Wicker ; *D.*, 2005, act. jurispr., p. 2071, obs. Lienhard ; *Rev. soc.*, 2006, p. 163, note Lucas ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 3719, obs. D. Voinot ; *JCP E*, 2006, 1066, obs. Pétel
- Cass. Com., 17 janvier 2006, Varassedis c/ Prodim, n° 03-12.382 : *RLDC*, 2006, n° 25, p. 10, note Doireau ; *Cont. conc. consom.*, 2006, n° 4, p. 18, note Malaurie-Vignal ; *Rev. Lamy conc.*, 2006, n° 7, p. 48, note Nourissat ; *RLDA*, 2006, n° 5, p. 39, note Kenfack ; *JCP E*, 2006, n° 27, p. 1216, note Raynard ; *D.*, 2007, p. 1911, note Ferrier
- Cass. Com., 14 mars 2006, Sté Flora Partner c/ SARL Laurent Portal Rouvelet, n° 03-14.639, JurisData n° 2006-032686 : *D.*, 2006, p. 931 ; *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 98, note Chabert ; *Cont. conc. consom.*, 2006, n° 5, p. 26, note Malaurie-Vignal ; *RJ com.*, 2006, n° 3, p. 322, note Lebreton-Derrien ; *JCP E*, 2006, n° 23, p. 1012

- note Reverdy ; *JCP G*, 2006, I, 153, note Ghestin ; *RTD civ.*, 2006, n° 3, p. 553, note Mestre ; *RDC*, 2006, n° 3, p. 786, note Behar-Touchais ; *D.*, 2006, p. 1901, note Kenfack ; *D.*, 2007, p. 1911, note Ferrier
- Cass. Com., 16 janvier 2007, Sté JP Luce c/ Havas Voyages, Inédit, n° 04-10.823 : *LPA*, 2007, n° 229, p. 27, note Simon
 - Cass. Com., 23 janvier 2007, Prodim c/ Casino Distribution France, n° 05-19.523, JurisData n° 2007-037125 : *Gaz. Pal.*, 2007, n° 194, p. 42, note Mourre et Pedone ; *JCP E*, 2007, n° 35, p. 28, note Béguin ; *RTD Civ.*, 2007, p. 383, note Perrot
 - Cass. com., 12 juin 2007, ADA c/ MJ Locations, Inédit, n° 05-21.301
 - Cass. Com., 25 septembre 2007, Beaumont automobiles c/ M. X... Inédit, n° 06-15.517 : *JCP E*, 2009, n° 16, p. 31, note Ollivry ; *D.*, 2008, p. 1115, note Mouly-Guillemard
 - Cass. Com., 9 octobre 2007, Sté ETE c/ Sté SFR, n° 05-14.118, JurisData n° 2007-040801 : *RDC*, 2008, n° 2, p. 410, note Behar-Touchais ; *JCP G*, 2007, II, p. 10211, note Dissaux ; *RTD civ.*, 2008, p. 300, obs. Fages ; *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 22, p. 40, note Ferré et Deberdt ; *D.*, 2008, p. 388, note Ferrier ; *RTD civ.*, 2008, n° 1, p. 119, note Gautier ; *RJDA*, 2008, n° 4, p. 355, note Kenfack ; *RLDC*, 2008, n° 47, p. 6, note Mainguy et Depincé ; *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, comm. 298, note Malaurie-Vignal ; *Comm. com. électr.*, 2008, n° 3, comm. 42, note Stoffel-Munck
 - Cass. Com., 23 octobre 2007, TND c/ TND Nord, n° 06-14.981 : *JCP G*, 2008, I, 136, obs. Chagny ; *RJDA*, 2008, n° 330 ; *RLDC*, 2008, n° 1, p. 133, obs. Roberval et Fasquelle ; *JCP E*, 2008, n° 21, p. 29, note Mainguy ; *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 129, note Fasquelle
 - Cass. Com., 18 décembre 2007, Sté Distribution Casino France c/ Sté Seinor, Inédit, n° 05-21.441, JurisData n° 2007-042105
 - Cass. Com., 18 décembre 2007, Computech c/ Cross Data Base Technology, Inédit, n° 06-10.390
 - Cass. Com., 29 janvier 2008, Mobil Oil c/ Etablissements X, n° 07-12.039 : *RLDC*, 2008, n° 47, p. 15, note Doireau ; *RDC*, 2008, n° 3, p. 860, note Behar-Touchais ; *JCP E*, 2009, n° 19, p. 24, note Mainguy
 - Cass. Com., 12 février 2008, Société Theraform c/ Chottin Renard, n° 07-10.462, JurisData n° 2008-042780 : *Resp. civ. et assur.*, 2008, comm. 143 ; *RDC*, 2008, p. 862, note Behar-Touchais ; *RJDA*, 2008, n° 634
 - Cass. Com., 12 février 2008, Yoplait c/ La Fermière, n° 06-17.501 : *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 63, obs. Caron ; *Contr. conc. consom.*, 2008, comm. 103, obs. Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 2009, n° 30, p. 21, note Decocq ; *D.*, 2009, p. 2573, note Picod ; *RDC*, 2008, p. 862, note Behar-Touchais ; *RLDA*, 2008, n° 26, p. 45, note Anadon
 - Cass. Com., 6 mai 2008, Société Automobiles Peugeot c/ Gladel, n° 06-11.968 : *JCP E*, 2009, 1479, note Respaud ; *LPA*, 2009, n° 136, p. 27, note Guevel
 - Cass. Com., 8 juillet 2008, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Sté coopérative Groupement d'achats des centres Leclerc, Bull. civ. IV, n° 143, n° 07-16.761, JurisData n° 2008-044791 : *D.*, 2008, p. 2067, note Chevrier ; *D.*, 2008, p. 3046, note Bandrac ; *D.*, 2008, p. 2749, note Bélaval et Salomon ; *JCP E*, 2008, 2143, note Ballot-Léna ; *Contrats conc. consom.*, 2008, comm. 37, note Malaurie-Vignal
 - Cass. Com., 18 novembre 2008, Sté Le Pain de Navarre c/ Sté Hfs, n° 07-18.599 : *D.*, 2009, p. 1441, note Picod ; *LPA*, 2009, n° 227, p. 44, note Simon ; *D.*, 2009, n° 43, p. 2888, note Ferrier
 - Cass. Com., 16 décembre 2008, Concurrence c/ Sony, n° 08-13.423 : *JCP E*, 2009, n° 19, p. 24, note Mainguy

- Cass. Com., 13 janvier 2009, Sté Delor Vincent c/ Sté Renault Agriculture, n° 08-13.971, JurisData n° 2009-046541 : *Contrats conc. consom.*, 2009, comm. 72, note Mathey ; *D.*, 2009, p. 2888, note Ferrier ; *RDC*, 2009, n° 3, p. 1147, note Béhar-Touchais ; *RDC*, 2009, n° 3, p. 1016, note Mazeaud ; *JCP G*, 2009, I, 138, note Ghestin
- Cass. Com., 27 janvier 2009, Cocktail c/ Pop'tel publicité, Inédit, n° 07-15.971 : *D.*, 2009, p. 1441, note Picod ; *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 128, note Fasquelle, Mitchell et Dany ; *LPA*, 2008, n° 243, p. 11, note Simon
- Cass. Com., 9 avril 2009, S.A. Sintel c/ S.A. Lotus, Inédit, n° 00-13.921 : *RTD com.*, 2003, p. 75, obs. Claudel
- Cass. Com., 9 juin 2009, Sté Perrosdis c/ Sté Casino Distribution France, n° 08-14.301 : *LPA*, 2010, n° 2, p. 11, note Dissaux ; *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais ; *Cont. conc. consom.*, 2009, comm. 221, note Malaurie-Vignal
- Cass. Com., 7 juillet 2009, Vicat et Lafarge Ciments, n° 08-15.609, JurisData n° 2009-049114 : *Contrats, conc. consom.*, 2009, comm. 227, note Decocq ; *Concurrences*, 2009, n° 4, p. 116, obs. Wachsmann
- Cass. Com., 7 juillet 2009, Pompes funèbres Santa Catalina c/ Sté Walbrecq Leleux, Inédit, n° 05-21.322, JurisData n° 2009-049190
- Cass. Com., 24 novembre 2009, FLJ c/ Casino France, Inédit, n° 08-17.650 : *Contrats, conc., consom.*, 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux ; *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais ; *Concurrences*, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier ; *Rev. Lamy. conc.*, 2010, n° 23, p. 39, note Riéra
- Cass. Com., 24 novembre 2009, SARL AME c/ SA Carré Blanc Distribution, Inédit, n° 07-19.248 : *Contrats, conc., consom.*, 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux ; *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais ; *Concurrences*, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier
- Cass. Com., 24 novembre 2009, Prodim c/ Diapar, Inédit, n° 08-21.629 : *Contrats, conc., consom.*, 2010, n° 2, comm. 43, note Malaurie-Vignal ; *JCP E*, 2010, n° 9, p. 1220, note Dissaux ; *RDC*, 2010, n° 3, p. 921, note Behar-Touchais ; *Concurrences*, 2010, n° 1, p. 114, note Ferrier
- Cass. Com., 15 décembre 2009, SA Média Participation Paris c/ de Saint-Vincent, n° 08-20.522, JurisData n° 2009-050879 : *Contrats, conc. consom.*, 2010, n° 3, p. 17, note Leveneur ; *RTD com.*, 2010, n° 1, p. 155, note Dondero ; *JCP E*, 2010, n° 15, p. 33, note Roussille ; *D.*, 2010, p. 2540, note Picod
- Cass. Com., 19 janvier 2010, SA Groupe Expert c/ Corre, n° 09-10.980, JurisData n° 2010-051188 : *RLDA*, 2010, n° 47, p. 44, note Anadon ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 64, p. 35, note Mignot ; *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 4, p. 16, note Malaurie-Vignal ; *Concurrences*, 2010, n° 2, p. 89, note Eréséo ; *JCP E*, 2010, n° 15, p. 23, note Friedel et Toulouse ; *LPA*, 2010, n° 123, p. 11, note Tiquant ; *RTD Com.*, 2010, n° 4, p. 775, note Boulloc ; *D.*, 2011, p. 540, obs. Ferrier
- Cass. Com., 2 février 2010, Tempur France c/ Chaîne de l'ameublement, n° 09-11.303, JurisData n° 2012-051443 : *Prop. intell.*, 2010, n° 35, p. 762, note Sabatier
- Cass. Com., 23 mars 2010, SA Lectiel c/ SA France Télécom, n° 08-20.427, JurisData n° 2010-002593 : *Comm. com. électr.*, 2010, n° 9, comm. 84, note Caron ; *Comm. com. électr.*, 2010, comm. 122, obs. Chagny ; *Cont. conc. consom.*, 2010, comm. 131, note Decocq
- Cass. Com., 23 mars 2010, SARL Béry c/ SAS Chanel, n° 09-66.522, JurisData n° 2010-002600 : *PIBD*, 2010, III, p. 308 ; *Prop. industr.*, 2010, n° 7, p. 36, note Larriéu ; *RTD Com.*, 2010, n° 4, p. 702, note Azéma ; *D.*, 2010, n° 38, p. 2540, note Picod

- Cass. Com., 15 juin 2010, General logistic systems c/ Trans service logistique, Inédit, n° 09-66.761 : *D.*, 2011, p. 540, obs. Ferrier ; *JCP E*, 2010 n° 36, p. 30, note Bon-Garcin
- Cass. Com., 8 juillet 2010, Doga, n° 09-67.013, JurisData n° 2010-012390 : *JCP E*, 2011, n° 6, p. 28, note Béguin ; *D.*, 2010, p. 2933, note Clay ; *D.*, 2010, p. 1797, note Delpech
- Cass. Com., 14 septembre 2010, SARL Sun Bronzage c/ SA Alizes Diffusion, n° 09-17.079, JurisData n° 2010-020055 : *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 12, p. 17, note Malaurie-Vignal
- Cass. Com., 21 septembre 2010, SAS Transports Graveleau c/ SCP Cure Thiébault, n° 09-15.716, JurisData n° 2010-016576 : *Gaz. Pal.*, 2011, n° 26, p. 25, note Carayol ; *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 142, note Chagny
- Cass. Com., 28 septembre 2010, Société Carrefour proximité France c/ M. Batar & Mme Villemer, n° 09-13.888 : *JCP E*, 2010, n° 43, p. 34, note Dissaux ; *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 12, p. 17, note Malaurie-Vignal ; *RLDA*, 2010, n° 55, p. 53, note Anadon ; *JCP E*, 2010, n° 51, p. 34, note Raynard ; *Concurrences*, 2011, n° 1, p. 117, note Ferrier ; *RDC*, 2011, n° 1, p. 187, note Behar-Touchais ; *D.*, 2011, p. 2961, note Picod
- Cass. Com., 15 mars 2011, SA Mikit France c/ Vieux, Inédit, n° 10-11.871, JurisData n° 2011-003918
- Cass. Com., 4 octobre 2011, Sodocob c/ Equip'buro 59, n° 10-20.956 : *JCP G*, 2012, 135, note Ghestin ; *D.*, 2011, p. 352, note Dissaux ; *RDC*, 2012, n° 1, p. 64, note Genicon ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 11, p. 18, note Houtcieff ; *D.*, 2012, p. 577, note Ferrier ; *RDC*, 2012, n° 2, p. 535, note Grimaldi ; *RLDC*, 2012, n° 98, p. 74, note Mainguy ; *RLDA*, 2012, n° 67, p. 36, note Riéra
- Cass. Com., 31 janvier 2012, Capp invest immo c/ Socorpi, n° 11-11.071 : *JCP E*, 2012, n° 25, p. 34, note Loir ; *JCP E*, 2012, n° 12, p. 45, note Malaurie-Vignal ; *Cont. conc. consom.*, 2012, n° 4, p. 10, note Leveneur ; *RLDC*, 2012, n° 92, p. 14, note Pouliquen ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 99, p. 22, note Houtcieff ; *JCP E*, 2013, n° 15, p. 34, note Mainguy ; *RDC*, 2012, n° 3, p. 878, note Grimaldi ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 279, p. 22, note Dondero ; *D.*, 2012, p. 2760, note Picod ; *D.*, 2013, p. 732, note Ferrier
- Cass. Com., 3 avril 2012, Fournel c/ SA Golfy club France, Inédit, n° 11-15.518, JurisData n° 2012-006444
- Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-10.508 : *JCP E*, 2013, 1074, obs. Caron ; *D.*, 2012, p. 1684, note Mauger-Vielpau
- Cass. Com., 30 mai 2012, Sté Lioser c/ Sté ITM région parisienne, n° 11-18.024, JurisData n° 2012-011526 : *JCP E*, 2012, 1641, note Dondero ; *D.*, 2012, p. 2717, note Constantin ; *D.*, 2013, p. 732, note Ferrier ; *JCP E*, 2013, n° 15, p. 38, note Mainguy
- Cass. Com., 23 octobre 2012, n° 11-21.978 : *D.*, 2012, p. 2862, note Dissaux ; *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 6, note Mathey ; *JCP E*, 2013, 1068, note Sassolas ; *RTD Civ.*, 2013, n° 1, p. 114, note Fages ; *Concurrences*, 2012, n° 1, p. 110, note Martin ; *RLDA*, 2013, n° 79, p. 32, note Mainguy ; *D.*, 2013, p. 732, note Ferrier
- Cass. Com., 18 décembre 2012, Sté Carrefour proximité France c/ B., n° 11-27.068, JurisData n° 2012-030108 : *JCP E*, 2013, 1037, note Dissaux ; *Cont. conc. consom.*, 2013, comm. 53, note Malaurie-Vignal
- Cass. Com., 1er juillet 2003, Sté Anaïs c/ Sté Marie Jeanne Godard, n° 99-17.183 : *JCP E*, 2003, 1435, note Vilmar ; *RDC*, 2004, p. 396, note Behar-Touchais
- Cass. Com., 29 janvier 2013, Directeur général des finances publiques c/ SPAS Promo art distribution, Inédit, n° 12-12.966, JurisData n° 2013-001595

- Cass. Com., 25 juin 2013, SAS Hypromat France c/ EURL CLE, Inédit, n° 12-20.815, JurisData n° 2013-01325

6. *Chambre sociale*

- Cass. Soc., 6 juillet 1931 : *D.*, 1931, 1, 131
- Cass. Soc., 4 mars 1970, *Bull. civ.* V, n° 155
- Cass. Soc., 2 février 1972, *Bull. civ.* V, n° 89
- Cass. Soc., 12 janvier 1983, *Bull. civ.*, V, n° 14
- Cass. Soc., 26 mars 1984 : *D.*, 1985, IR 152, obs. Serra
- Cass. Soc., 13 octobre 1988, *Bull. civ.* V, n° 494 : *D.*, 1989, jur., p. 122, note Serra ; *D.*, 1989, somm., p. 165, obs. Fieschi-Vivet ; *JCP E*, 1989, II, 15474, note Amiel-Donat
- Cass. Soc., 14 mai 1992, Godissart c/ Soulhiol, *Bull. civ.* V, n° 309 : *D.*, 1992, jur., p. 350, note Serra ; *JCP G*, 1992, II, 21889, note Amiel-Donat
- Cass. Soc., 12 décembre 1995, Sté Elf France c/ Lemièrre, n° 92-42.856
- Cass. Soc., 13 novembre 1996, Société Générale c/ URSSAF, n° 94-13.187 : *JCP G*, 1997, IV, 549 ; *JCP E*, 1997, I, 20 ; *D.*, 1996, I.R., n° 44
- Cass. Soc., 13 juillet 1999, n° 96-45.425
- Cass. Soc., 1er février 2001, n° 98-45.868
- Cass. Soc., 18 juillet 2001, n° 98-40.307 : *D.*, 2002, p. 3007, obs. Ferrier
- Cass. Soc., 2 octobre 2001, JurisData n° 2001-011137 : *JCP G*, 2001, IV, 2838
- Cass. Soc., 4 décembre 2001, France acheminement c/ Sierra, n° 99-41.265, JurisData n° 2001-012007 : *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy ; *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier
- Cass. Soc., 4 décembre 2001, France acheminement c/ Bouchet, n° 99-43.440, JurisData n° 2001-012004 : *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy ; *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier
- Cass. Soc., 4 décembre 2001, France acheminement c/ Dalval, n° 99-44.452, JurisData n° 2001-012004 : *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy ; *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier
- Cass. Soc., 10 juillet 2002, Salembier c/ Sté La Mondiale, n° 00-45.135 : *D.*, 2002, p. 2491, note Serra ; *Contrats, conc. consom.*, 2002, n° 10, p. 18, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD civ.*, Cass. Soc., 8 février 2005, Warczyglowa c/ Yves Rocher, n° 03-40.73, JurisData n° 2005-026941 : *D. aff.*, 2006, p. 516, obs. Ferrier
- 2003, n° 1, p. 58, note Hauser ; *JCP E*, 2003, p. 508, note Morvan
- Cass. Soc., 19 octobre 2005, n° 03-46.592
- Cass. Soc., 21 février 2007, France acheminement c/ Pollatz, n° 05-45.048, JurisData n° 2007-037640 : *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 120, note Malaurie-Vignal
- Cass. Soc., 22 mars 2007, Prodim c/ Leroy, n° 05-45.434, JurisData n° 2007-038157
- Cass. Soc., 26 septembre 2007, Kermarrec c/ SAS Ginkgo, n° 06-44.863, JurisData n° 2007-040579 : *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 301, note Malaurie-Vignal
- Cass. Soc., 1er février 2011, SFR c/ Wagner, Inédit, n° 08-45.223, 08-45.295 et 09-65.999
- n° 2001-012006 : *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 3, p. 31, obs. Mainguy ; *D.*, 2002, p. 3006, obs. Ferrier
- Cass. Soc., 27 mars 2013, n° 12-12.892.

7. *Chambre criminelle*

- Cass. Crim., 3 novembre 1982, Lanvin, n° 82-90.522
- Cass. Crim., 16 juin 1993, Bull. crim. 1993, n° 216, n° 89-86.396, JurisData n° 1993-004899
- Cass. Crim., 31 octobre 2000, Brasero c/ M.P., n° 99-86.588, JurisData n° 2000-007510 : *Contrats conc. consom.*, 2001, comm. 73, note Malaurie-Vignal ; *RTD com.*, 2001, p. 265, obs. Bouloc
- Cass. Crim., 19 février 2003, n° 02-81422, JurisData n° 2003-018393
- Cass. Crim., 28 janvier 2004, n° 02-87.585, JurisData n° 2004-022446 : *D.*, 2004, p. 1447, note Matsopoulou

8. *Assemblée plénière et chambre mixte*

- Ass. Plén., 1er décembre 1995, quatre arrêts : *D.*, 1996, p. 13, note Aynès ; *JCP G*, 1996, II, 22565, note Ghestin ; *Gaz. Pal.*, 1995, p. 626, note de Fontbressin ; *RTD civ.*, 1996, p. 153, obs. Mestre
- Cass. Mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, JurisData n° 2002-015478 : *JCP G*, 2002, II, 10173, note Reifegerste ; *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 156, obs. Stoffel-Munck ; *D.*, 2002, p. 2939, note Mazeaud
- Cass. Mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495 : *RTD Civ.*, 2007, n° 2, p. 366, note Gautier

D. *Conseil de la concurrence et Autorité de la concurrence*

- Cons. conc., 11 septembre 1990, Marché des tuiles et des briques en Alsace, n° 90-D-27
- Cons. conc., 8 juin 1993, Cora, n° 93-D-21
- Cons. conc., 19 octobre 1993, Elf Antar France / Total Réunion Comores, n° 93-D-42
- Cons. conc., 9 novembre 1993, SA Discol c/ SNC Prodirest, n° 93-A-16
- Cons. conc., 22 février 1994, Marché des amendements calcaires dans le Sud-Ouest de la France, n° 94-D-13
- Cons. conc., 24 mai 1994, Jacques Dessange, n° 94-D-31
- Cons. conc., 28 mai 1996, Sté Groupe Zannier, n° 96-D-36, JurisData n° 1996-642616
- Cons. conc., 24 juin 1997, Sté Hypromat France, n° 97-D-51
- Cons. conc., 5 mai 1998, Acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA, n° 98-A-06
- Cons. conc., 7 juillet 1998, Pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, n° 98-D-52
- Cons. conc., 9 décembre 1998, Situation de la concurrence dans le secteur du disque, n° 98-D-76
- Cons. conc., 6 juillet 1999, Yves Rocher, n° 99-D-49 : *LPA*, 1999, n° 211, p. 11, note Arhel
- Cons. conc., 11 avril 2000, n° 00-D-10
- Cons. conc., 3 mai 2000, Carrefour/Promodes, n° 00-A-06
- Cons. conc., 31 janvier 2001, n° 00-D-80
- Cons. conc., 31 août 2001, 01-D-49, n° 01-D-49
- Cons. conc., avis du 15 mai 2002, Acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB, n° 02-A-07

- Cons. conc., 22 juin 2002, n° 02-D-42
- Cons. conc., 28 juin 2002, Secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, n° 02-D-42
- Cons. conc., 21 février 2003, Opéra, n° 03-D-11
- Cons. conc., 18 août 2003, n° 03-D-42 : *Contrats, conc., consom.*, 2003, comm. 182
- Cons. conc., 8 avril 2004, Sté des producteurs réunis de Roquefort, n° 04-D-13
- Cons. conc., 22 juin 2005, Pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, n° 05-D-32
- Cons. conc., 28 juillet 2005, secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, n° 05-D-49
- Cons. conc., 24 juillet 2006, Festina France, n° 06-D-24
- Cons. conc., 24 janvier 2007, Jeff de Bruges, n° 07-D-04 : *Contrats conc. consom.*, 2007, comm. 70, note Malaurie-Vignal
- Cons. conc., 25 avril 2007, Sté KalibraXE, n° 07-MC-01 : *RDC*, 2007, n° 4, p. 1171, note Idot ; *Concurrences*, 2007, n° 3, p. 99, obs. Wachsmann
- Cons. conc., 29 avril 2008, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques, n° 08-D-08
- Cons. conc., 7 mai 2008, Stés France Télécom et France Télévision, n° 08-D-10 : *Contrats, conc. consom.*, 2008, comm. 185, note Decocq ; *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 127, note Chagny
- Cons. conc., 3 juillet 2008, Sté Cybervitrine c/ Sté Photomaton, n° 08-D-16 : *Contrats, conc. consom.*, 2008, comm. 209, note Bosco
- Cons. conc., 17 décembre 2008, iPhone, n° 08-MC-01 : *Contrats, conc. consom.*, 2009, comm. 52, note Bosco
- Aut. conc., décision du 8 avril 2009, SAS Pellier Metz c/ Bailly SAS, n° 09-DCC-001 : *Gaz. Pal.*, 2010, p. 474 ; *Contrats conc. consom.*, 2009, comm. 176, note Bosco
- Aut. conc., décision du 29 avril 2009, Sté Noukat C/ Sté d'Exploitation Amidis & Cie, n° 09-DCC-04 : *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 20, p. 17
- Aut. conc., décision du 20 mai 2009, SAS Evolis c/ ITM Entreprises, n° 09-DCC-06 : *D.*, 2009, p. 2888, note Ferrier ; *Cont. conc. consom.*, 2010, n° 6, p. 11, note Bosco
- Aut. conc., décision du 22 juin 2009, Caisse d'Épargne c/ Banque Populaire, n° 09-DCC-16 : *Gaz. Pal.*, 2010, n° 50, p. 33 ; *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 22, p. 9, note Brunet et Duprey ; *Cont. conc. consom.*, 2009, n° 8, p. 22, note Bazex
- Aut. conc., décision du 17 novembre 2009, SAS Mikery c/ ITM Alimentaire Est, n° 09-DCC-64 : *D.*, 2011, p. 540, obs. Ferrier
- Aut. conc., décision du 9 décembre 2009, SAS Ormoison c/ ITM Alimentaire Est, n° 09-DCC-73
- Aut. conc., décision du 16 décembre 2009, SAS Calfo c/ ITM Alimentaire Centre Ouest, n° 09-DCC-76
- Aut. conc., 3 mars 2010, Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, n° 10-D-08 : *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 93, note Boy ; *Rev. Lamy conc.*, 2010, n° 23, p. 36, note Lécuyer-Arcelin
- Aut. conc., avis du 7 décembre 2010, n° 10-A-26
- Aut. conc., décision du 15 février 2011, Pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais, n° 11-D-03 : *Cont. conc. consom.*, 2011, comm. 92, note Malaurie-Vignal ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 259, p. 28 ; *JCP E*, 2011, n° 25, p. 35, note Grignon
- Aut. conc., 23 février 2011, Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, n° 11-D-04 : *Cont. conc. consom.*, 2011, com. 114, note

- Malaurie-Vignal ; *RTD com.*, 2011, n° 3, p. 528, note Claudel ; *Rev. Lamy conc.*, 2011, n° 27, p. 37, note Sélinski
- Aut. conc., 16 décembre 2011, Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, n° 11-D-20 : *Cont. conc. consom.*, 2012, comm. 43, note Malaurie-Vignal
 - Aut. conc., 11 janvier 2012, Avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, n° 12-A-01

E. Conseil d'Etat

- C.E. Ass., 10 juillet 1996, Sté Direct Mail Promotion c/ INSEE, JurisData n° 1996-050687 : *RIDA*, 1996, n° 4, p. 207, note Kéréver
- C.E. Sect., 23 novembre 2005, Mme Baux
- C.E. Ass., 16 décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice

F. Conseil constitutionnel

- Cons. const., 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, n° 81-132 DC
- Cons. const., 9 novembre 1999, JO, 16 novembre 1999, p. 16962, n° 99-419 DC : *RTD civ.*, 2000, p. 109, note Mestre et Fages
- Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC : *D.*, 2011, p. 415, note Picod

G. Instances européennes

1. Commission européenne (anc. Commission des communautés européennes)

- Comm. CE, 26 juillet 1976, Reuter/BASE, JOCE, n° L 254 du 17/09/1976, p. 40, n° IV/28.996
- Comm. CE, 12 décembre 1983, Nutricia c/ de Rooij & Nutricia c/ Zuid-Hollandse Conservenfabriek, JOCE n° L 376 du 31/12/1983 p. 22, n° IV/30.389
- Comm. CE, 19 juillet 1984, BPCL c/ ICI, JOCE, n° L 212 du 08/08/1984, p. 1, n° IV/30.863 : communiqué IP/02/916
- Comm. CE, 12 décembre 1984, Mecaniver-PPG, JOCE, n° L 035 du 07/02/1985, p. 54, n° COMP/M.1464
- Comm. CE, 1er avril 1992, Comités franco-ouest africains, JOCE L-134, n° IV/32.450
- Comm. CE, 23 décembre 1992, Cewal, JOCE, n° L 034 du 10/02/1993, p. 20, n° IV/32.448 et IV/32.450
- Comm. CE, 26 juin 1997, Blokker/Toys « R » Us, JOCE, n° L 316 du 25 novembre 1998, p. 1, n° IV/M.890 : *Cont. conc. consom.*, 1999, comm. 26, note Poillot-Peruzzetto
- Comm. CE, 9 juillet 1997, UBS/Mister Minit, n° IV/M.940
- Comm. CE, 3 février 1999, Rewe/Meinl, JOCE, n° L 274 du 23/10/1999, p. 1, n° IV/M.1221
- Comm. CE, 26 mars 1999, Total / Pétrofina, n° COMP/M.1464
- Comm. CE, 25 janvier 2000, Carrefour/Promodes, n° COMP/M.1684

- Comm. CE, 14 mars 2000, Volvo/Scania, n° COMP/M.1672
- Comm. CE, 17 mai 2001, Yves Saint-Laurent Parfums : communiqué IP/01/713
- Comm. CE, 24 juin 2002, B &W Loudspeakers

2. *Tribunal de première instance*

(anc. Tribunal de première instance des communautés européennes)

- TPICE, 10 juillet 1990, Tetra Pak c/ Commission, Rec. p. II-309, n° T-51/89
- TPICE, 10 mars 1992, Società Italiano Vetro et autres c/ Commission, n° T 68/89 : Contrats conc. consom., 1992, comm. 82, obs. Vogel ; JCP E, 1993, I, 208, obs. Gavalda et Parléani
- TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak, Rec. CJCE, 1994, II, p. 755, n° T-83/91
- TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services Ltd, Rec. II-03141, n° T-374/94
- TPICE, 25 mars 1999, Gencor
- TIPE, 7 octobre 1999, Irish Sugar c/ Commission, n° T-228/97
- *consom.*, 1992, comm. 82, obs. Vogel ; JCP E, 1993, I, 208, obs. Gavalda et Parléani
- TPICE, 12 décembre 2000, Aéroports de Paris, Rec. CJCE, 2000, II, p. 3929, n° T-128/98 : *Europe*, 2001, comm. 62, note Idot
- TPICE, 22 avril 2001, AAMS et autres Rec. CJCE, 2001, II, p. 3413, n° T-139/98
- TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods, n° T-65/98
- TPICE, 23 février 2006, Cementbouw Handel et industrie

3. *Cour de justice de l'Union européenne*

(anc. Cour de justice des Communautés européennes)

- CJCE, 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht c/ Cts Wilkin-Janssen, n° 23/67
- CJCE, 18 février 1971, Sirena, n° 40/70
- CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, Rec. CJCE, p. 487, n° 78/70
- CJCE, 14 décembre 1972, Zoja c/ CSC, JOCE n° L 299, 31 déc. 1972, p. 51, n° 72/457
- CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm c/ Winthrop, Rec. CJCE 1974, p. 1183, n° 16/74
- CJCE, 13 novembre 1975, General Mortors, n° 26/75
- CJCE, 22 juin 1976, Terrapin c/ Terranova, Rec. CJCE 1976, p. 1039, n° 119/75 : *RTDE*, 1981, p. 137, obs. Bonet
- CJCE, 14 février 1978, United Brands, n° 27/76
- CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, Rec. CJCE, 1979, p. 461, n° 85/76
- CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV et autres c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE, 1985, p. 2545, n° 42/84 : *Propr. industr.*, 2003, comm. 19
- CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84
- CJCE, 17 octobre 1990, Hag II, Rec. CJCE 1990, I, p. 3711, n° C-10/89 : *RTDE*, 1991, p. 639, obs. Bonet
- CJCE, 28 février 1991, Delimitis, n° C-234/88
- CJCE, 23 avril 1991, Höfner, Rec. CJCE I, p. 1979, n° C-41/90
- CJCE, 27 avril 1994, Gemeente Almelo e.a., n° C-393/92
- CJCE, 6 avril 1995, Magill, Rec. CJCE 1995, I, p. 808, n° C-241/91 et C-242/91 : *Europe*, 1995, chron. 8, p. 1, obs. Carreau ; *RTD com.*, 1995, p. 606, note Françon
- CJCE, 17 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto, Rec. CJCE, I p. 2883

- CJCE, 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurances, Rec. CJCE I, p. 4013, n° C-224/94
- CJCE, 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior c/ Evora BV, Rec. CJCE 1997, I, p. 6013, n° C-337/95 : *Contrats, conc. consom.*, 1998, comm. 7, note Vogel ; *JCP E*, 1998, pan. p. 100, note Vilmart et de Montblanc ; *JCP E*, 1998, I, 986, n° 24, obs. Gavalda et Parléani ; *RTD eur.*, 1998, p. 595, obs. Bonet
- CJCE, 18 juin 1998, Commission c/ Italie, Rec. CJCE, I, p. 3851, n° C-35/96
- CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH, n° C-7/97
- CJCE, 23 février 1999, Bayerische Motorenwerke AG c/ BMW Nederland BV, n° C-63/97 : *PIBD*, 1999, III, p. 221
- CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge de transports SA et autres, Rec. CJCE, 2000, I, p. 1365, n° C-395/96 et C-396/96 : *Contrats conc. consom.*, 2000, comm. n° 113, obs. Poillot-Peruzzetto
- CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov, Rec. CJCE, I, p. 6451, n° C-180/98 à C-184/98 : *Europe*, 2000, comm. 355, obs. Idot ; *Contr. conc. consom.*, 2000, comm. 180, obs. Poillot-Peruzzetto
- CJCE, 12 décembre 2002, Ralf Sieckmann c/ Deutsches Patent und Markenamt, n° C-273/00
- CJCE, 6 mai 2003, Libertel Groep BV c/ Benelux-Merkenbureau, Rec. CJCE, 2003, I, p. 3793, n° C-104/01 : *Propri. industr.*, 2003, comm. 69, note Mandel
- CJCE, 27 novembre 2003, Shield Mark BV c/ Joost Kist h.o.d.n. Memex, n° C-283/01
- CJCE, 9 novembre 2004, The British Horseracing Board Ltd et autres c/ William Hill Organization Ltd, n° C-203/02 : *D.*, 2005, p. 1495, note Sirinelli ; *RTD com.*, 2005, p. 90, obs. Pollaud-Dullian ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 2, note Caron
- CJCE, 30 novembre 2004, Peak Holding, Rec. CJCE, p. 11313, n° C-16/03 : *RTD com.*, 2005, p. 74, obs. Azéma
- CJCE, 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie GmbH, n° C-49/02
- CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence, n° C-439/09 : *JCP E*, 2012, n° 11, p. 25, note Vogel
- CJUE, 7 février 2013, Refcomp, n° C-543/10 : *Cont. conc. consom.*, 2013, n° 4, p. 25, note Decocq

H. Divers

1. Juridictions étrangères

- Quinn v. Leathem, 1901, AC 495
- Lumley v. Gye, 1853, EWHC QB J73
- Glamorgan Coal Co v. South Wales Miners' Federation, 1903, 2 KB 545, 573 et 574
- Smithies v. National Association of Operative Plasterers, 1909, 1 KB 310
- Hill c. First National Finance Corp, 1989, 1 WLR 225 (CA)
- Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch, 1942, AC 435, 442-3 (Simon LC)
- U.S. Sup. Ct., United States v. Terminal Railroad Association (1912), 224 US 383

2. *Autres*

- Comm. conc., 28 juin 1979, Films cinématographiques
- Comm. conc., 14 mars 1985, Avis relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements, Rapport de la Commission de la concurrence pour 1985, annexe 1
- Commission technique des ententes et des positions dominantes, 30 septembre 2007, Canalisations d'eau, *B.O.S.P.*, 1977, p. 355
- CPEC, 4 novembre 2010, Avis relatif à l'application de la LME à certaines relations fournisseurs/distributeurs, n° 10-15
- CPEC, 1er juin 2011, Avis relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle, n° 11-06

INDEX THÉMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus

- de dépendance économique, 95 s., 663 s., 737 s.
- de droit, 112, 411 s.
- de minorité, 112 s.
- de position dominante, 662, 668 s.

Accès des tiers au réseau : v. *Facilités essentielles*

Accord de distribution exclusive : v. *Distribution exclusive*

Accord de distribution sélective : v. *Distribution sélective*

Achalandage

- Notion, 239
- du franchiseur, 327

Achat exclusif : v. *Approvisionnement exclusif*

Acheteurs finals : v. *Clients finals*

Action de in rem verso : v. *Enrichissement sans cause*

Affectation du commerce entre Etats membres, 180

Affiliation

- Clause de non- : v. *Clause de non-réaffiliation*
- Contrat d'–, 14

Agencement, 257 s., 303, 447, 624

Agent commercial

- Distinction avec le contrat de franchise, 14
- Indemnité de rupture, 352 s.

Agissements parasitaires : v. *Parasitisme*

Agrément : v. *Clause d'—*

Amortissement, 395

Appel en cause : v. *Intervention forcée*

Approvisionnement

- exclusif, 177 s.
- illicite, 569 s.

Arbitrage, 107, 782

Assistance du franchiseur, 58, 652

Autorité de la concurrence, 54 s., 673 s.

B

Bail commercial, 252, 300

Barrières à l'entrée, 94 s., 701

Bilan concurrentiel : v. *Bilan économique*

Bilan économique, 33

Bâtiments : v. *Agencement*

Bonne foi, 271, 412 s., 539

Brevet, 304 s.

C

Centrale d'achat, 185 s., 726 s., 792 s.
Centrale de référencement, 727, 752
Cession
 – Agrément : v. *Clause d'–*
 – du fonds de commerce du franchisé, 235
Chaîne : v. *Réseau*
Chicago (école de –), 694
Clause d'approvisionnement exclusif : v. *Approvisionnement exclusif*
Clause d'enseigne, 64, 114 s., 303
Clause de confidentialité, 227, 452 s.
Clause de non-concurrence
 – Contrepartie financière, 355 s.
 – Exercice normal de la profession, 335
 – Intérêt légitime, 317 s.
 – Licéité, 314 s.
 – Limitations, 330 s.
 – Proportionnalité, 337 s.
Clause de non-réaffiliation, 223 s., 344 s.
Clause de non-rétablissement : v. *Clause de non-réaffiliation*
Clause de non-utilisation du savoir-faire : v. *Clause de confidentialité*
Clause de préférence : v. *Pacte de préférence*
Clause de secret : v. *Clause de confidentialité*
Clause résolutoire, 435
Clauses abusives, 100, 804
Clauses exemptées, 120
Clauses « noires », 120
Clientèle
 – – du franchisé, 233 s.
 – – du franchiseur, 237 s.
 – indemnité de –, v. *ces mots*
 – perte de –, 353 s.
 – protection de la –, 231 s.
Clients finals, 236, 482
Code de déontologie, 11, 21
Commission-affiliation, 14
Commission d'examen des pratiques commerciales, 792 s.
Commissionnaire, 14
Concentration, 47 s., 238, 663 s., 806
Concession, 16, 160, 178, 203, 354, 399, 562
Concession automobile : v. *Distribution automobile*

Concurrence déloyale, 170, 281 s., 442 s., 581 s., 623 s.,
Concurrence intermarque, 154, 166, 208
Concurrence intramarque, 152 s.
Conditionnement : v. *Emballage*
Confidentialité : v. *Clause de confidentialité*
Confusion : 277 s., 471 s., 600 s.
Conseil de la concurrence : 75 s., 147 s., 325, 669 s., 719 s.,
Consommateur, 153, 233, 589, 604 s.
Contrat d'adhésion, 25, 97
Contrat de travail, 14, 109 s., 485
Contrat-fait (théorie du –), 543 s.
Contrefaçon, 298 s., 470 s., 615 s., 645 s.
Contrepartie financière : v. *Clause de non-concurrence*
Corner (franchise –) : v. *Franchise*

D

Débauchage, 484 s., 563
Délai de paiement, 775 s.
Dénigrement, 480 s., 603 s.,
Dépendance économique : v. *Abus de –*
Déréférencement, 421, 488, 730, 776, 798
Déséquilibre significatif, 373 s., 735 s., 773 s.
Désorganisation, 484, 612 s.
Dessin et modèle, 293, 302
Désécialisation, 115
Dirigeant de fait, 110 s.
Distributeur parallèle, 558 s., 629
Distribution
 – – automobile, 205 s., 592
 – – exclusive, 17, 505 s.
 – – parallèle : v. *Distributeur parallèle*
 – – sélective, 17, 122 s., 161 s., 477, 556 s.
Dominance collective, 668 s.
Domination : v. *Abus de position dominante*
Droit d'auteur, 306 s., 465 s.
Droit d'entrée, 100 s., 303
Durée déterminée, 395 s.
Durée du contrat de franchise, 91 s.
Durée indéterminée, 407 s.

E

- Économies d'échelle**, 84, 694
Effet cumulatif, 26, 502, 813
Effet relatif, 507 s.
Emballage, 575, 590 s.
Enrichissement sans cause, 367 s., 783
Enseigne, 473 s.
Entente, 120 s., 684
Épuisement du droit, 582 s.
Étanchéité du réseau, 160
Exception d'inexécution, 433 s.
Exclusivité
 – – territoriale, 12, 148, 153, 166, 204
 – – d'activité : v. *Obligation de non-concurrence de plein droit*
 – – d'approvisionnement : v. *Approvisionnement exclusif*
Exécution forcée, 652 s.

F

- Facilités essentielles**, 714 s.
Fichier-clients, 457 s.
Fonds de commerce
 – – du franchiseur, 245 s., 526 s.
 – Libre disposition du franchisé, 64
Force majeure, 436 s.
Forme des bâtiments : v. *Agencement*
Franchise
 – Dénomination, 1 s.
 – – artisanale, 18
 – – associative, 18
 – – de comptoir, 18, 20
 – – de distribution, 16 s., 185, 665, 719 s.
 – – de production, 19, 504, 596
 – – de service, 19, 285, 671
 – – industrielle, 16 s., 285, 305, 680
 – – participative, 105 s.
 – – principale, 20
 – Histoire, 2 s.
 – Notion, 8 s.
Franchisé (indépendance du —), 85 s., v. *Dirigeant de fait*
Fribourg (école de —), 693 s.

G

- Garantie**, 576

- Garantie d'éviction**, 475
Gérant de succursale, 131, 357
Grande distribution, 26, 723 s.

H

- Harvard** (école de —), 695
Homogénéité tarifaire, 152
Hôtellerie, 91, 152, 387

I

- Idées**, 443 s.
Image de marque, 600 s.
Immixtion du franchiseur : v. *Dirigeant de fait et Franchisé*
Imposition des prix de revente : v. *Prix imposés*
Indemnité de clientèle, 350 s.
Indépendance : v. *Franchisé*
Industries de réseau : v. *Facilités essentielles*
Influence déterminante : 48 s.
Informatique, 308
Innovation, 694
Intérêt commun, 354, 410
Intérêt légitime : v. *Clause de non-concurrence*
Internet, 163 s.
Intervention forcée, 653
Intuitus personae, 130
Investissements, 91 s.

L

- Liberté contractuelle**, 218, 495, 775
Liberté du commerce et de l'industrie, 41 s.
Libre circulation, 582 s.
Licence
 – – d'enseigne : v. *Prêt d'enseigne*
 – – de brevet, 306
 – – de marque, 15, 375
 – – de savoir-faire, 15, 375
Limites de la clause de non-concurrence : v. *Clause de non-concurrence*
Locaux : v. *Agencement*

Logiciel, 143, 151, 309, 447

M

Mandat, 20, 410, 727

Mandat d'intérêt commun, 279, 354, 410

Marché

- – pertinent, 81 s., 716
- Pouvoir de –, 84 s., 695, 744
- Seuils de parts de –, 748 s.

Marque

- Contrefaçon : v. *ce mot*
- Épuisement des droits sur la – : v. *Épuisement du droit*

Master-franchise, 18, 20

Modèle : v. *Dessin et modèle*

Monopôle, 694 s.

Motivation : v. *Non-renouvellement et Résiliation*

N

Nom de domaine, 283

Non-concurrence : v. *Clause de non-concurrence et Obligation de non-concurrence*

Non-réaffiliation : v. *Clause de non-réaffiliation*

Non-renouvellement : v. *Renouvellement*

Nullité, 144, 383 s.

O

Objet du contrat, 342, v. *Clause de non-concurrence*

Obligation d'assistance : v. *Assistance du franchiseur*

Obligation de contrôle du réseau, 639 s.

Obligation de non-concurrence

- – de plein droit pendant la durée du contrat, 195 s.
- – de plein droit à l'issue du contrat, 278 s.
- – postcontractuelle : v. *Clause de non-concurrence*

Odeur, 295

Oligopole, 694

Opposabilité

- Notion, 536 s.
- – du réseau, 558 s.

P

Pacte de préférence, 103 s., 614

Parallèle : v. *Distributeur parallèle*

Parasitisme, 616 s.

Partenariat commercial, 15

Participation majoritaire, 61 s.

Participation minoritaire, 63, 106 s.

Position dominante : v. *Abus de position dominante*

Préavis, 413 s.

Prêt d'enseigne, 15

Prix

- – conseillés, 132, 142, 151 s.
- – imposés, 125 s.
- – maximum, 142

Produit substituable, 82, 179 s., 771

Progrès économique, 707 s.

Proportionnalité : v. *Clause de non-concurrence*

Propriété commerciale, 253 s.

Pure player, 168 s.

Publicité

- – trompeuse, 589 s.
- – comparative, 154 s.

Q

Quasi-contrat, 366 s.

Quasi-exclusivité, 129 s., 375, 712

R

Raison : v. *Règle de raison*

Redevance, 10, 368, 476, 627

Référencement : v. *Déréférencement*

Refus de vente, 641, 706 s.

Règle de raison, 156, 174, 325

Réimplantation du réseau, 250 s., 368

Relation commerciale établie, 420 s.

Renouvellement, 113, 128, 397 s., 425 s.

Requalification : v. *Contrat de travail et Mandat*

Réseau (nature juridique du —), 527 s.

Résiliation

- Frais de –, 100 s.
- Motivation, 407 s.
- – pour baisse des coûts, 797
- – pour sous-performance, 799

Résolution, 144, 800

Restauration, 19, 387

Revente à perte, 787

Revente hors réseau : v. *Distributeur parallèle*

Ristournes de fin d'année, 787 s.

Rupture abusive : v. *Abus de droit*

S

Salarié : v. *Contrat de travail*

Savoir-faire, 258 s., 304 s.

Seuils de contrôle, 71 s., 118, 147

Sous-franchise, 20

Site Internet : v. *Internet*

Slogan, 3, 605

Stocks, 475 s.

Succursale : v. *Gérant de succursale*

T

Tacite reconduction, 95, 402 s.

Territoire : v. *Exclusivité territoriale*

Tierce complicité, 614

Z

Zone de chalandise, 148 s.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	XI
PRÉFACE	XIII
AVANT-PROPOS	XVII
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	1
INTRODUCTION	7
I. Le contrat de franchise, figure contractuelle singulière	12
1. Notion de contrat de franchise	12
2. Contrat de franchise et modèles concurrents.....	16
3. Différents types de franchises.....	20
4. Régime du contrat de franchise	21
II. Importance, intérêt et impact des réseaux de franchise sur la concurrence.....	23

PARTIE I.	
L'ENCADREMENT VIGILANT	
DES RELATIONS ENTRE LES PARTIES	
AU CONTRAT DE FRANCHISE.....	35
TITRE I. LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE	
PENDANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT	39
Chapitre 1. Le contrôle de la liberté du franchisé	
par le droit de la concurrence.....	43
Section I. Le contrôle de l'autonomie du franchisé.....	44
I. La soumission croissante des contrats de franchise	
au droit des concentrations.....	44
A. L'immunité relative du contrat de franchise	
au regard du droit des concentrations	45
1. L'importante plasticité de la notion de concentration	45
a. <i>L'avènement de la notion d'influence déterminante</i>	
<i>en droit de l'Union européenne et en droit interne</i>	<i>45</i>
b. <i>La délicate définition de la notion d'influence déterminante.....</i>	<i>47</i>
2. L'application potentielle de la notion de concentration à la franchise	48
a. <i>Le refus d'appliquer la notion de concentration</i>	
<i>à la simple conclusion d'un contrat de franchise.....</i>	<i>48</i>
b. <i>L'application exceptionnelle et circonscrite de la notion</i>	
<i>de concentration à la conclusion d'un contrat de franchise.....</i>	<i>50</i>
b-1. La prise de participation majoritaire.....	50
b-2. La prise de participation minoritaire conduisant à un enfermement dans le réseau	51
b-3. L'acquisition d'actifs du franchisé	53
B. La soumission renforcée des réseaux au droit des concentrations.....	55
1. La soumission des réseaux de franchise au droit des concentrations	
renforcée par l'abaissement des seuils de contrôle.....	55
II. L'application du droit des concentrations aux contrats de franchise	59
A. L'appréciation duale de la dimension géographique du marché pertinent.....	59
B. La délicate appréciation du degré de concentration du marché	61
Section II. Le contrôle de l'indépendance du franchisé	63
I. Le contrôle des verrous temporels.....	64
A. L'encadrement de la durée des contrats	64
B. L'encadrement du décalage dans le temps des contrats	66
II. Le contrôle des verrous économiques.....	68
A. Le droit d'entrée à paiement différé	68
B. Le pacte de préférence	69
III. Le contrôle des verrous juridiques	70
A. La création de liens capitalistiques	70

1. La difficulté à changer d'enseigne dans le cadre d'une participation minoritaire classique.....	70
2. L'impossibilité de changer d'enseigne dans le cadre d'une participation minoritaire « de préférence »	71
a. <i>La franchise participative requalifiée</i>	72
b. <i>Le franchiseur abusant de sa participation minoritaire</i>	73
B. La stipulation de clauses d'enseigne dans le bail	75
Conclusion du Chapitre 1	76
Chapitre 2. Le contrôle de l'équilibre du contrat de franchise par le droit de la concurrence	79
Section I. Les pratiques formellement exclues par le droit de la concurrence	81
I. La prohibition des prix imposés par le franchiseur	82
A. Les prix imposés comme remise en question du régime juridique du contrat de franchise.....	82
1. Les prix imposés : facteur d'application du droit du travail sans requalification du contrat	82
a. <i>L'article L. 7321-2 du Code du travail, un texte « en expansion »</i>	83
b. <i>La sanction par le droit social des « conditions et prix imposés »</i>	85
2. L'application du droit du travail, conséquence de la requalification du contrat.....	87
a. <i>La pratique de prix imposés, condition nécessaire à la reconnaissance d'un lien de subordination</i>	87
b. <i>La pratique de prix imposés, condition insuffisante à la reconnaissance d'un lien de subordination</i>	89
B. Les prix imposés comme remise en question de la licéité du contrat de franchise	90
1. Les prix imposés, pratique doublement sanctionnée par le droit de la concurrence	90
a. <i>Les prix imposés, pratique restrictive de concurrence</i>	91
a-1. L'analyse in concreto des comportements prohibés.....	91
a-2. Le flou des sanctions	92
b. <i>Les prix imposés, pratique révélatrice d'une entente</i>	94
b-1. L'entente quant aux prix entre franchiseur et franchisés	94
b-2. L'entente quant aux prix entre franchisés	95
2. Une prohibition contestée en matière de franchise	95
a. <i>Une prohibition délicate à mettre en œuvre</i>	96
b. <i>Une prohibition aux effets limités</i>	97
II. La prohibition des restrictions relatives à la vente	99
A. L'interdiction de vente hors du territoire, restriction caractérisée.....	100
1. L'apparente simplicité du règlement d'exemption	100
2. La simplicité trompeuse du règlement d'exemption.....	101
B. L'interdiction de vente sur internet, restriction caractérisée	102
1. L'affirmation de la licéité du recours à internet par les franchisés	102
a. <i>La possibilité d'ouverture d'un site internet</i>	102
b. <i>Le principe de la qualification de ventes passives des ventes en ligne</i>	103

2. Les limites du recours à internet par les franchisés.....	104
a. <i>La qualification exceptionnelle de ventes actives des ventes en ligne</i>	104
b. <i>L'encadrement des pure players</i>	105
Section II. Les pratiques étroitement contrôlées	
par le droit de la concurrence	108
I. La clause d'approvisionnement exclusif	108
A. Un droit de la concurrence de plus en plus souple	108
B. Un droit commun relativement incertain	111
1. Les critères classiques de validité de la clause d'approvisionnement exclusif	111
a. <i>Le critère légal quant à la durée</i>	111
b. <i>Les critères jurisprudentiels quant à l'opportunité</i>	112
a-1. Une exclusivité portant sur des produits en lien avec le savoir-faire.....	112
b-2. L'impossibilité de définir des critères objectifs de qualité	113
2. Vers une harmonisation avec le droit de la concurrence ?	114
II. Les obligations de non-concurrence	115
A. L'obligation de non-concurrence d'origine légale	116
1. L'existence incertaine d'une obligation de non-concurrence	
de plein droit pendant l'exécution du contrat.....	116
a. <i>Une jurisprudence muette</i>	116
b. <i>Une doctrine divisée et réservée</i>	117
2. La nécessité impérieuse d'une obligation de non-concurrence	
de plein droit pendant l'exécution du contrat.....	119
a. <i>La reconnaissance explicite en matière de concession</i>	119
b. <i>L'impossible mépris de l'équilibre du contrat et du marché</i>	120
B. L'obligation de non-concurrence d'origine conventionnelle	121
Conclusion du Chapitre 2	122
Conclusion du Titre I	125
TITRE II. LE MAINTIEN D'UNE CONCURRENCE LOYALE	
À L'ISSUE DES RELATIONS CONTRACTUELLES	127
Chapitre 1. Le contrôle des stipulations contractuelles	
relatives à l'après-contrat	131
Section I. Les justifications des clauses restrictives de concurrence	135
I. La justification positive : la nécessaire protection du réseau	135
A. L'inconcevable protection de la clientèle	136
1. La dualité des clientèles au sein de la franchise	136
a. <i>Les consommateurs finals, clientèle du franchisé</i>	136
b. <i>Les franchisés, clientèle du franchiseur</i>	139
2. L'absence de pertinence des clauses de non-concurrence	
en terme de protection de la clientèle dans le contrat de franchise	143

a.	<i>L'illégitimité du franchiseur à détourner la clientèle de consommateurs finals</i>	143
b.	<i>L'impact modéré de la réinstallation du franchisé sur la clientèle du franchiseur</i>	144
B.	La nécessaire protection de l'achalandage du franchiseur.....	145
1.	La protection de l'organisation territoriale du réseau	145
a.	<i>La nécessaire réimplantation du réseau</i>	146
b.	<i>L'indifférence de la poursuite d'activité du franchisé quant à la reconstitution du maillage</i>	147
2.	La protection du savoir-faire	149
a.	<i>Le savoir-faire, élément principal du fonds de commerce du franchiseur</i>	149
b.	<i>Le savoir-faire, justification fragile des clauses restrictives de concurrence</i>	150
II.	La justification négative : l'insuffisance des mécanismes légaux de protection....	152
A.	Une protection partielle par le droit des obligations.....	152
1.	L'absence de protection par une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit	153
a.	<i>L'absence de fondement à une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit</i>	153
b.	<i>L'absence de nécessité à une obligation de non-concurrence postcontractuelle de plein droit</i>	156
b-1.	L'absence de nécessité d'une obligation de non-concurrence postcontractuelle pesant sur le franchiseur.....	156
b-2.	L'évidente absence de nécessité d'une obligation de non-concurrence postcontractuelle pesant sur le franchisé	157
2.	La protection inadaptée par le droit de la concurrence déloyale.....	158
a.	<i>Une action inappropriée du point de vue de sa mise en œuvre</i>	159
b.	<i>Une action inappropriée du point de vue des sanctions</i>	161
B.	Une protection lacunaire par le droit de la propriété immatérielle.....	162
1.	Une protection partielle par le droit de la propriété industrielle.....	163
a.	<i>La protection de certains signes distinctifs par le droit des marques</i>	163
a-1.	L'extension du champ d'application de la protection organisée par le droit des marques.....	163
a-2.	Les modalités de la protection organisée par le droit des marques	165
b.	<i>Le spectre de la protection des bâtiments et des locaux</i>	167
c.	<i>L'absence de brevetabilité du savoir-faire</i>	168
2.	Une protection inadaptée par le droit de la propriété intellectuelle	169
	Section II. Le régime des clauses restrictives de concurrence	173
I.	Les conditions de validité des clauses restrictives de concurrence.....	173
A.	Le contrôle de l'opportunité de l'engagement restrictif de concurrence.....	174
1.	Le contrôle de l'opportunité par le truchement de la notion de légitimité en droit des obligations.....	174
a.	<i>Le rôle majeur du contrat de franchise dans l'émergence du concept de légitimité des clauses restrictives de concurrence</i>	174
b.	<i>Le rôle majeur du concept de légitimité dans l'appréciation de la validité des clauses restrictives de concurrence dans le contrat de franchise</i>	176
2.	Le contrôle de l'opportunité par le truchement de la notion de nécessité en droit de la concurrence	178
a.	<i>Le contrôle d'opportunité en droit interne de la concurrence</i>	178
b.	<i>Le contrôle d'opportunité en droit européen de la concurrence</i>	179
B.	Le contrôle de l'équilibre de l'engagement restrictif de concurrence.....	181
1.	La nécessaire préservation de la liberté du débiteur	181

a.	<i>L'exigence de limitations spatio-temporelles</i>	181
b.	<i>L'exigence d'une limitation quant à l'activité</i>	183
2.	La nécessaire proportionnalité de l'engagement.....	184
a.	<i>L'approche classique : la proportionnalité de l'étendue de l'interdiction de concurrence aux intérêts protégés par le créancier</i>	184
b.	<i>Une approche renouvelée : la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts du débiteur par rapport aux intérêts protégés par le créancier ?</i>	186
II.	Les modalités de mise en œuvre des clauses restrictives de concurrence.....	190
A.	Le timide cheminement vers l'exigence d'une contrepartie financière.....	190
1.	Le refus de faire de la contrepartie financière une condition de validité de la clause de non-concurrence.....	190
a.	<i>De fortes sollicitations doctrinales</i>	190
a-1.	L'indemnité de clientèle.....	190
a-2.	La contrepartie financière de la clause de non-concurrence.....	193
b.	<i>Une difficile mise en pratique</i>	195
b-1.	Les difficultés juridiques à l'exigence d'une contrepartie financière comme condition de validité des clauses de non-concurrence.....	196
b-2.	Les difficultés politiques à l'exigence d'une contrepartie financière comme condition de validité des clauses de non-concurrence.....	199
2.	La possibilité d'envisager la contrepartie financière comme une modalité de mise en œuvre de la clause de non-concurrence.....	200
a.	<i>Une solution novatrice proposée en 2007</i>	200
a-1.	Le recours à l'enrichissement sans cause au forceps.....	201
a-2.	La création d'un nouveau quasi-contrat ?.....	204
b.	<i>Une solution rapidement abandonnée</i>	204
B.	L'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.....	206
1.	Le contrôle de la clause de non-concurrence post-contractuelle par l'article L. 442-6 du Code de commerce.....	206
a.	<i>L'exclusion du contrat de franchise par l'article L. 442-6, II, e</i>	206
b.	<i>La soumission de la clause de non-concurrence à l'article L. 442-6, I, 2° ?</i>	208
b-1.	Un texte d'une généralité déroutante.....	208
b-2.	Un texte aux sanctions inadaptées.....	210
	Conclusion du Chapitre 1	214
	Chapitre 2. Le contrôle du comportement des parties à l'issue du contrat	217
	Section I. L'encadrement des circonstances de la rupture	217
I.	L'encadrement de la rupture abusive par le droit des obligations.....	218
A.	Le faible encadrement des circonstances de l'issue du contrat de franchise à durée déterminée.....	218
1.	L'absence de droit au renouvellement du franchisé.....	219
a.	<i>L'absence de faute dans le non-renouvellement du contrat</i>	219
b.	<i>L'absence cohérente d'exigence de motivation</i>	221
2.	Les difficultés générées par l'éventuelle poursuite des relations commerciales après le terme du contrat.....	222

a.	<i>La remise en question de la possibilité d'une tacite reconduction du contrat de franchise</i>	222
b.	<i>Les difficultés quant au contenu du contrat créé par la tacite reconduction</i>	224
B.	L'encadrement partiel de l'issue du contrat de franchise à durée indéterminée.....	225
1.	La possibilité de rupture unilatérale.....	225
a.	<i>L'absence contestée d'exigence motivation</i>	225
b.	<i>Le contrôle classique de l'abus de droit</i>	227
2.	L'exigence d'un préavis.....	228
a.	<i>Une exigence classique en droit commun</i>	228
b.	<i>Une exigence difficile à mettre en œuvre en pratique</i>	230
II.	L'encadrement de la rupture brutale par le droit de la concurrence.....	231
A.	Les conditions de la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.....	232
1.	La notion de relation commerciale établie.....	232
2.	La notion de rupture brutale.....	233
a.	<i>La notion de rupture</i>	233
b.	<i>La notion de brutalité</i>	236
B.	Les possibilités de rupture brutale d'une relation commerciale établie.....	239
1.	L'inexécution par l'autre partie de ses obligations.....	239
2.	La force majeure.....	241
	Section II. L'encadrement des suites de la rupture	243
I.	Le sort des éléments internes d'appartenance au réseau.....	243
A.	Le devenir du savoir-faire transmis au franchisé.....	244
1.	La difficile appréhension de la notion de savoir-faire par la concurrence déloyale.....	244
a.	<i>La délicate distinction doctrinale entre savoir-faire de la franchise et savoir-faire du franchisé</i>	244
b.	<i>La distinction jurisprudentielle pragmatique entre l'idée et sa traduction matérielle</i>	246
2.	Vers la contractualisation de l'obligation de concurrence loyale en matière de savoir-faire ?.....	248
a.	<i>La qualification délicate d'une exigence contractuelle de loyauté dans l'exercice de la concurrence entre anciens partenaires</i>	248
b.	<i>Le flou du régime</i>	249
B.	Le devenir du fichier-clients créé par le franchisé.....	250
1.	Le fichier-clients, un bien autonome de la clientèle.....	251
a.	<i>La nécessaire différenciation entre la clientèle et le fichier-clients</i>	251
b.	<i>La qualification du fichier-clients</i>	252
2.	Le régime en cascade de la protection du fichier-clients.....	254
a.	<i>La protection par le droit de la propriété intellectuelle</i>	254
b.	<i>La protection par la concurrence déloyale et le parasitisme économique</i>	255
II.	Le sort des éléments externes d'appartenance au réseau.....	256
A.	La sanction de la confusion entre l'ancien franchisé et les membres du réseau.....	257
1.	La confusion générée par le maintien des anciens signes distinctifs.....	257
a.	<i>Le maintien par l'ancien franchisé de l'enseigne du réseau</i>	257
b.	<i>La commercialisation par l'ancien franchisé des produits du réseau</i>	259
2.	La confusion générée par la création de nouveaux signes distinctifs.....	260
B.	La sanction du dénigrement et de la désorganisation du réseau par l'ancien franchisé.....	261

1. Le dénigrement du réseau par l'ancien franchisé	261
a. <i>Une solution en apparence classique</i>	261
b. <i>Une solution innovante quant à l'exigence de publicité du dénigrement</i>	262
2. La désorganisation du réseau par l'ancien franchisé	262
Conclusion du Chapitre 2	264
Conclusion du Titre II	267
CONCLUSION DE LA PARTIE I	269
PARTIE II.	
LA RÉGULATION LACUNAIRE	
DES RELATIONS AVEC LES TIERS	
AU CONTRAT DE FRANCHISE	273
TITRE I. LA SANCTION DES COMPORTEMENTS DÉLOYAUX	
DES TIERS PRÉJUDICIALES AU RÉSEAU	277
Chapitre 1. La protection lacunaire du réseau	
contre la revente parallèle	281
Section I. L'effet relatif des conventions,	
obstacle à la reconnaissance du réseau	282
I. Les sources du principe de l'effet relatif des conventions	282
A. La genèse du principe : le contrat comme acte de volonté individuel	283
1. L'option contestée du droit romain	283
2. L'influence de la philosophie individualiste et volontariste du XVIII ^e siècle	284
B. La contestation du principe : le contrat comme fait social	285
C. La renaissance du principe :	
un champ d'application resserré pour une portée accrue	287
II. Les conséquences de l'effet relatif des conventions sur le réseau	288
A. L'incidence de l'effet relatif sur la notion de réseau	288
1. Le réseau, ensemble contractuel	289
2. Le réseau, bien incorporel	291
a. <i>L'assimilation du réseau au fonds de commerce du franchiseur</i>	291
b. <i>La patrimonialisation comme tempérament à l'effet relatif des conventions</i>	292
B. L'incidence de la notion d'effet relatif sur la concurrence subie par le réseau	294

Section II. La notion d'opposabilité des conventions, support des tentatives de protection du réseau.....	296
I. Les sources confuses de la notion d'opposabilité	296
A. Une notion accueillie avec prudence par les systèmes juridiques étrangers	296
1. La possible justification de l'atteinte au contrat par un tiers en droit anglais	296
2. Le strict encadrement législatif de la sanction de l'atteinte au contrat par un tiers en droit américain.....	297
3. Le refus d'une sanction de principe de l'atteinte au contrat par un tiers en droit allemand.....	298
B. Une notion aux fondements contestés dans la doctrine française.....	299
1. Le contrat comme fait s'imposant aux tiers	299
a. <i>Le contrat-fait, théorie reçue en droit positif</i>	299
b. <i>Le contrat-fait, théorie toujours contestée en doctrine</i>	300
2. L'opposabilité absolue des droits subjectifs.....	302
a. <i>Une théorie bien ancrée au sein de la doctrine</i>	302
b. <i>Une théorie en décalage avec le droit positif</i>	303
3. L'opposabilité complément de la force obligatoire du contrat.....	304
II. La réception éparse de la notion d'opposabilité en droit positif.....	306
A. La protection du réseau par la responsabilité civile délictuelle	306
1. La faute née de la violation consciente de l'exclusivité.....	306
a. <i>L'existence d'une exclusivité valable</i>	307
a-1. La question de la licéité du réseau	307
a-2. La charge de la preuve de la licéité du réseau.....	308
b. <i>La connaissance de l'exclusivité par le tiers</i>	309
b-1. Une quasi-présomption de mauvaise foi pesant sur le tiers.....	310
b-2. La charge de la preuve limitée à un niveau d'approvisionnement.....	312
2. La faute née de circonstances particulières constitutives de concurrence déloyale	313
a. <i>La faute délibérée du tiers</i>	313
b. <i>La faute s'inférant de la revente parallèle ?</i>	314
B. La protection du réseau par le droit des pratiques restrictives de concurrence....	316
C. La protection du réseau par le droit des marques	317
1. L'épuisement du droit sur la marque, obstacle à l'opposabilité du réseau.....	318
2. La sanction du distributeur parallèle en présence de motifs légitimes	319
D. La protection du réseau par le droit de la consommation	321
 Conclusion du Chapitre 1	 323
 Chapitre 2. La protection classique du réseau contre l'abus de concurrence des tiers	 325
Section 1. L'absence de spécificité des comportements sanctionnés	325
I. L'application des cas classiques de concurrence déloyale afin de protéger le réseau.....	326
A. Procédés de confusion	326
B. Procédés de dénigrement	328
1. Le dénigrement du réseau à destination des consommateurs.....	328
2. Le dénigrement du réseau à destination des franchisés	329

C. Procédés de désorganisation.....	331
1. La désorganisation de l'implantation du réseau.....	332
2. La désorganisation de la distribution des produits du réseau.....	333
II. L'introduction timide de la notion de parasitisme économique.....	334
A. Une notion porteuse d'espoirs pour la protection du réseau.....	334
1. Un concept particulièrement souple.....	334
2. Un concept particulièrement adapté à la franchise.....	335
B. Des espoirs déçus par une utilisation timorée de la notion.....	336
1. Une utilisation majoritairement redondante avec l'action en concurrence déloyale.....	336
2. Une utilisation ne conduisant que rarement à des solutions spécifiques.....	337
Section II. Le peu d'originalité quant aux titulaires de l'action.....	341
I. Le franchiseur, gardien de l'unité du réseau.....	341
A. Le pouvoir du franchiseur de défendre le réseau.....	341
B. Le devoir du franchiseur de défendre le réseau.....	344
II. Le pouvoir d'initiative marginal des franchisés.....	346
A. La difficulté de défendre le réseau à titre individuel.....	346
B. La possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du franchiseur.....	349
Conclusion du Chapitre 2.....	351
Conclusion du Titre I.....	353
TITRE II. LA SANCTION DES COMPORTEMENTS ABUSIFS	
DU RÉSEAU PRÉJUDICIALES AUX TIERS.....	355
Chapitre 1. Les abus de domination commis	
par le réseau au préjudice des tiers.....	361
Section I. Le réseau, auteur de l'abus de domination.....	362
I. Les spécificités de l'identification du réseau	
comme détenteur d'une position dominante.....	363
A. La délicate appréhension du réseau au regard de la notion d'entreprise.....	363
1. Le réseau, entreprise unique susceptible de détenir une position dominante ?.....	363
2. Le réseau, pluralité d'entreprises susceptibles	
de détenir conjointement une position dominante collective ?.....	365
a. <i>La condition objective : l'existence de liens entre membres du groupe.....</i>	366
b. <i>La condition subjective : l'existence de comportements coordonnés.....</i>	367
B. La délicate appréhension des liens	
unissant les membres du réseau de franchise.....	368
1. Intégration verticale et position dominante collective.....	369
2. Pratique concertée exemptée et position dominante collective.....	370
a. <i>L'existence d'une pratique concertée, élément permettant</i>	
<i>de caractériser une position dominante collective.....</i>	371

b. <i>L'existence d'une pratique concertée, élément insuffisant pour caractériser une position dominante collective</i>	372
II. La difficulté de sanctionner le réseau comme auteur d'un abus de domination	373
A. L'impossibilité de sanctionner <i>per se</i> la domination du réseau.....	374
1. Les fondements de la licéité de la domination	374
a. <i>L'adoption de l'ordolibéralisme défendu par l'école de Fribourg</i>	375
b. <i>Le rejet du néoclassicisme défendu par l'école de Chicago</i>	376
c. <i>Le rejet du structuralisme défendu par l'école de Harvard</i>	376
2. Les limites de la licéité de la domination	377
a. <i>Le constat d'une situation préjudiciable à la concurrence</i>	377
b. <i>La difficile remise en cause de la structure du marché</i>	380
b-1. Le leurre de la théorie des marchés contestables	380
b-2. La revendication d'un contrôle ex post des structures de marché.....	382
B. Le réseau de franchise, fait justificatif d'éventuels abus de domination.....	383
 Section II. Le réseau, objet de l'abus de domination	385
I. Le réseau de franchise perçu comme un verrouillage abusif du marché.....	385
II. Le réseau de franchise perçu comme une facilité essentielle	388
A. Les industries de réseau, berceau de la théorie des facilités essentielles.....	388
B. L'absence d'application aux réseaux de franchise	389
 Conclusion du Chapitre 1	391
 Chapitre 2. Les abus de dépendance commis par le réseau au préjudice des tiers	393
 Section I. La notion de dépendance dans les relations entre le réseau et les tiers	398
I. La délicate définition juridique de la dépendance économique	399
A. La caractérisation de la dépendance par l'importance du réseau	399
1. L'absence de prise en compte directe du poids économique du réseau	399
a. <i>La prise en compte indirecte de la position de marché de l'entreprise dominante par le droit communautaire</i>	400
b. <i>Le refus progressif de toute prise en compte de la position de marché de l'entreprise dominante par le droit interne</i>	401
2. La prise en compte de l'importance du réseau dans la commercialisation des produits concernés	402
B. La caractérisation de la dépendance par la faiblesse du tiers.....	402
1. Une servitude économique.....	403
a. <i>Un fournisseur réalisant une part substantielle de son chiffre d'affaires avec le réseau</i>	403
b. <i>Un fournisseur nécessairement de taille modeste ?</i>	405
2. Une servitude involontaire	406
II. L'intérêt variable de la notion de dépendance économique	409
A. Une notion insuffisante pour caractériser une pratique anticoncurrentielle	409
1. L'absence de solution équivalente	409
a. <i>La ténacité de la jurisprudence</i>	409
b. <i>Les espoirs d'un assouplissement</i>	410

2.	L'incidence sur le fonctionnement ou la structure de la concurrence	412
B.	Une notion inutile pour caractériser une pratique restrictive de concurrence	413
1.	La dépendance économique : une condition inexistante en matière de pratiques restrictives de concurrence	414
2.	La sanction de la dépendance : une finalité compatible avec les pratiques restrictives de concurrence.....	415
a.	<i>Les débuts prometteurs</i>	415
b.	<i>Les lendemains plus incertains</i>	417
b-1.	Le déséquilibre significatif à l'épreuve des « clauses de renonciation »	417
b-2.	Le déséquilibre significatif à l'épreuve du droit international privé	418
Section II. Les incidences de la dépendance des tiers		
dans leurs relations avec le réseau		
I.	Une exigence accrue d'équilibre dans l'exécution du contrat	420
A.	Les clauses déséquilibrées quant aux paiements.....	420
1.	L'anticipation des ristournes de fin d'année.....	420
2.	L'imposition du moyen de paiement.....	423
B.	Les clauses déséquilibrées quant à la renégociation du contrat.....	424
II.	Une exigence accrue de loyauté dans la résiliation du contrat.....	425
A.	La résiliation unilatérale en cas de baisse du coût des produits	425
B.	La résiliation unilatérale en cas de « sous-performance » du produit.....	426
Conclusion du Chapitre 2		428
Conclusion du Titre II		429
CONCLUSION DE LA PARTIE II		431
CONCLUSION.....		433
BIBLIOGRAPHIE.....		441
INDEX DE JURISPRUDENCE.....		517
INDEX THÉMATIQUE.....		545
TABLE DES MATIÈRES.....		551