

ÉCOLE DOCTORALE Sciences de l'homme et de la société
Groupe d'Etudes et de Recherche sur la Coopération Internationale et
Européenne-GERCIE

THÈSE présentée par **Quoc Chien NGO**

Soutenue le 21 juin 2012

pour obtenir le grade de **Docteur de l'Université François - Rabelais**

Discipline : Droit privé

LE CONTRAT DE FRANCHISE
Etude comparative (droit français et droit vietnamien)

THÈSE dirigée par :

Monsieur Van Dai DO, Professeur, Université de Droit de Hochiminh-ville, Vietnam

Monsieur Hadi SLIM, Professeur, Université François-Rabelais de Tours, France

RAPPORTEURS :

M. Pascal LEHUEDE

Mme Anne-Marie LUCIANI

Maître de conférences, Université d'Angers

Professeur, Université de Picardie Jules Vernes

JURY :

M. Van Dai DO

M. Pascal LEHUEDE

Mme Marie-Julie LOYER-LEMERCIER

Mme Anne-Marie LUCIANI

M. Hadi SLIM

Professeur, Université de Droit, HCM-ville, Vietnam

Maître de conférences, Université d'Angers

Maître de conférences, Université de Rennes 1

Professeur, Université de Picardie Jules Vernes

Professeur, Université François-Rabelais, Tours

*A mes parents pour tous les sacrifices que vous n'avez jamais cessé de consentir
pour mon instruction et mon bien-être.
J'espère avoir répondu aux espoirs que vous avez fondés en moi.*

*A mon épouse et mes enfants à qui j'ai volé des week-ends.
Que vous retrouviez ici mes gratitude et amour.*

Remerciements

Je tiens particulièrement à remercier M. le Professeur Hadi SLIM et M. le Professeur DO Van Dai dont les conseils avisés et les remarques pertinentes m'ont été précieux. Sans leur disponibilité, ce travail n'aurait jamais vu le jour. Puissent-ils trouver dans ces lignes l'expression de ma sincère gratitude et de mon profond respect.

Merci encore à M. le Professeur Michel TROCHU qui a eu cette pénible tâche de me soulager tout en me donnant avec gentillesse les conseils précieux.

Ce travail n'aurait certainement pas vu le jour sans l'intense effort de relecture de Fabrice CLERFEUILLE, Damien CHENU, Medhi KEBIR et de Christiane MESTRE. Qu'ils retrouvent ici mes gratitude.

Je souhaite saluer l'ensemble des enseignants et des doctorants de l'Université François-Rabelais de Tours et plus particulièrement ceux qui fréquentèrent – ou fréquentent toujours – la salle D. 113, sans lesquels le travail de thèse fut beaucoup bien plus difficile encore.

Résumé

La franchise repose sur l'exploitation par le franchisé d'une clientèle attachée à la marque du franchiseur. L'intérêt commun des deux parties dans l'exploitation d'une clientèle justifie les obligations réciproques qui leurs incombent : le franchisé mobilise des moyens financier et humain, tandis que le franchiseur apporte des actifs immatériels. La réalisation d'une œuvre commune justifie également la collaboration et la confiance mutuelle des parties pendant l'exécution du contrat de franchise. On constate toutefois que les parties au contrat de franchise, au-delà de leur intérêt commun, ont chacune des intérêts particuliers. Il n'est dès lors pas étonnant que chacune d'elles cherche à obtenir le plus grand avantage à son seul profit moyennant le plus faible sacrifice.

L'approche comparative du rapport d'intérêts entre le franchiseur et le franchisé, sous l'angle du droit français et du droit vietnamien, est riche d'enseignements. Elle permet de comprendre le régime juridique réservé à la franchise dans deux systèmes juridiques qui, malgré leur différence, possèdent de nombreux points communs.

Mots-clés : franchise, intérêt commun, intérêts particuliers, marque, savoir-faire, assistance, exclusivités, égoïsme, cessation, cession, interdépendance.

Abstract

Franchising is based on the exploitation by a franchisee of a clientele associated with the franchisor's trademark. The common interest of both parties in operating a class of customers justifies their mutual obligations: the franchisee mobilizes financial and human resources while the franchisor brings intangible assets. The implementation of a common work also justifies collaboration and mutual trust among the parties during the carrying out of the agreement.

Beside their common interest, each of the franchisor and the franchisees has proper interests. Therefore, it is not astonishing to find that every party tries to obtain the best advantage at the lowest cost.

The comparative approach of the relationship between the franchisor and franchised in light of their respective interests, under French Law and Vietnamese Law, is enriching. It enables to go thoroughly into the legal aspects of franchising under two legal systems which, in spite of their difference, have many common points.

Key words: franchising, common interest, particular interests, trademark, know-how, assistance, exclusivity, selfishness, cessation, assignment, interdependence.

Sommaire

Introduction.....	7
Première partie : Un contrat basé sur un intérêt commun.....	26
<i>Titre premier : Les éléments constitutifs de l'intérêt commun</i>	<i>28</i>
Chapitre I : Le partage des signes de ralliement de la clientèle.....	29
Conclusion du chapitre I.....	73
Chapitre II : Le partage d'un savoir-faire	75
Conclusion du chapitre II.....	114
Conclusion du titre premier	115
<i>Titre second : Les manifestations de l'intérêt commun</i>	<i>116</i>
Chapitre I : L'échange d'informations.....	117
Conclusion du chapitre I	169
Chapitre II : L'assistance	172
Conclusion du chapitre II.....	183
Conclusion du titre second.....	184
Conclusion de la première partie	185
Seconde partie : Un contrat confronté à des intérêts particuliers.....	187
<i>Titre premier : Les intérêts particuliers et l'exécution du contrat</i>	<i>190</i>
Chapitre I : L'exclusivité d'approvisionnement.....	192
Conclusion du chapitre I	240
Chapitre II : L'exclusivité territoriale.....	243
Conclusion du chapitre II.....	275
Conclusion du titre premier	276
<i>Titre second : Les intérêts particuliers et le maintien de la relation contractuelle</i>	<i>278</i>
Chapitre I : La cession de contrat de franchise	280
Conclusion du chapitre II.....	355
Conclusion du titre second.....	358
Conclusion de la seconde partie.....	360
Conclusion générale.....	362

Abréviations

APD.....	Archives de philosophie du droit
Art. préc.....	Article précité
BOCCFR.....	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires, éditions Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Cah. dr. entr.....	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. 1 ^{ère} civ.	Arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^{ème} civ.	Arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^{ème} civ.	Arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.,,	Arrêt de la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. mixte.	Arrêt de d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.....	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt la chambre des requêtes de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Chron.	Chronique
Cf.....	Conférer
CJCE.....	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Commentaire
Comm. com. élec.....	Communication, Commerce électronique
Cons., conc.	Conseil de la concurrence
Contrats, conc. cons..	Contrats, Concurrence, Consommation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz (Dalloz-Sirey depuis 1965)
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DPCI.....	Droit et pratique du commerce international
Dr. et patrim.	Revue Droit et patrimoine

Dr. soc.	Revue Droit social
Fasc.....	Fascicule
Fr. Mag.....	Franchise Magazine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-classeurs
JCP	Juris-classeur périodique édition générale (Semaine juridique)
JCP <i>E.</i>	Juris-classeur périodique édition entreprise (Semaine juridique)
JDI.....	Journal du droit international (Clunet)
JO.	Journal officiel
JO UE	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LGDJ.....	librairie générale de droit et de jurisprudence
Not.....	Notamment
LPA	Petites affiches.
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citat</i>
Ord.....	Ordonnance
P.....	Page
PIBD.....	Propriété Industrielle Bulletin Documentaire
PU.....	Presse universitaire
RDC.....	Revue des contrats
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rép. civ.....	Répertoire de droit civil Dalloz
RCDIP.	Revue critique de droit international privé
RDAI.....	Revue de droit des affaires internationales
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA.....	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et économique
S.....	Suivant
<i>Supra</i>	Ci-dessus
V	Voir

Introduction

1. L'invention de la franchise. La franchise telle qu'on connaît aujourd'hui est née aux Etats-Unis. Isaac Singer, l'inventeur de la machine à coudre aux Etats-Unis s'était trouvé confronté à deux grands problèmes pour lancer ses machines sur le marché. D'une part, apprendre aux clients comment s'en servir avant de l'acheter. D'autre part, trouver les capitaux nécessaires pour produire à échelle industrielle. Il a alors eu l'idée d'en vendre les droits à un réseau d'hommes d'affaires locaux. Ces derniers vendraient les machines à coudre et en apprendraient le fonctionnement aux clients². Le premier contrat de *franchising*³ a été signé en 1851. Une fois Singer engagé dans cette voie, l'expansion de son entreprise fut rapide. Comme chaque entreprise franchisée était autofinancée, Singer n'a pas dû financer lui-même les coûts d'élargissement de son entreprise. Il a pourtant pu profiter des qualités d'entrepreneur de chacun des autres franchisés.

2. La franchise en France. M. SAINT-ARLARY a exposé la naissance de la franchise en France en ces termes : « Il était une fois, une femme qui s'ennuyait. En feuilletant un jour une revue féminine, son attention fût attirée par une publicité dans laquelle on disait : Si vous

² NGUYEN Khanh Trung, *Franchise, la choisir ou la refuser ? (Franchise, chọn hay không ?)*, Presse universitaire nationale de Hochiminh-ville, 2008, p. 66.

³ Le mot est pourtant d'origine française. En effet, le terme « *franchising* » en anglais ou « franchise » en français est issu de l'ancien français « franc ». Au Moyen-Age, le mot signifiait l'octroi d'une liberté, d'un privilège, d'une autorisation accordée par les seigneurs qui offraient des « lettres de franchise » à des personnes ou à des villes. Cf. D. BASCHET, *La franchise, Guide juridique - Conseils pratiques*, Gualino 4^{ème} éd. 2005, p. 29.

Voltaire définissait dans son dictionnaire philosophique la franchise comme « Mot qui donne toujours une idée de liberté dans quelque sens qu'on le prenne; mot venu des Francs, qui étaient libres: il est si ancien, que lorsque le Cid assiégea et prit Tolède, dans le XI^{ème} siècle, on donna des *franchis* ou *franchises* aux Français qui étaient venus à cette expédition, et qui s'établirent à Tolède. Toutes les villes murées avaient des franchises, des libertés, des privilèges, jusque dans la plus grande anarchie du pouvoir féodal. Dans tous les pays d'états, le souverain jurait à son avènement de garder leurs franchises.». Cf. *Le dictionnaire philosophique portatif* de Voltaire, publié en 1764, entrée « Franchise ».

êtes une femme qui veut travailler, nous vous aiderons, surtout si vous voulez créer un magasin dans lequel vous vous sentirez bien chez vous et où vous vendrez de jolies choses »⁴.

Avec quelques années de retard par rapport aux Etats-Unis, le *Franchise Boom* a modifié le paysage commercial français. Les réseaux Mercure, Novotel, Yves Rocher, Pronuptia, Levitan sont apparus et ont acquis une notoriété certaine. Pourtant le concept était encore bien méconnu. C'est à partir de 1977 que s'est accéléré le mouvement de création de nouveaux réseaux sous les contraintes de la modernisation des commerces de détail, face à la concurrence des grandes surfaces. Les réseaux de franchise ont ainsi connu une croissance spectaculaire. En 1992, il n'y avait en France que 430 franchiseurs. Près de vingt ans après, on pouvait dénombrer 1 472. Le nombre des franchisés a également augmenté. De 21 300 en 1992, les franchisés sont passés à 62 041 en 2011. Ils ont réalisé en 2011 un chiffre d'affaires évalué à 49,24 milliards d'euros, selon les estimations de l'Observatoire de la Franchise⁵. La franchise emploie 330 000 salariés et accueille 3 000 nouveaux franchisés par an⁶.

3. L'arrivée de la franchise au Vietnam. S'il est vrai que la franchise n'est apparue que récemment au Vietnam, les prémices de ce type de commerce d'intégration existaient depuis longtemps dans ce qu'on appelait les corporations. En effet, ce que les américains appellent aujourd'hui *franchising* est apparu en Chine et au Vietnam il y a fort longtemps. Depuis que l'homme sait marchander, les chinois et les vietnamiens ont su que nul ne pouvait faire du commerce tout seul. Des corporations ont ainsi vu le jour très tôt dans ces pays, avec la création de chaînes de magasins presque identiques, dont le pivot était souvent le père d'une grande famille qui aidait techniquement et financièrement les membres propriétaires de chaque magasin. Les éléments caractéristiques de la franchise ont été retrouvés dans ces magasins qui, très souvent au nombre de deux ou trois dans une ville, « *sont décorés de la même manière, portent la même enseigne, appliquent un même « savoir-vendre », s'approvisionnent à la même source et entretiennent d'étroites relations* »⁷. Malheureusement, ce type de corporation n'a pas pu connaître un grand essor, n'étant pas accessible aux tiers à cause de son caractère familial.

⁴ R. SAINT-ARLARY, « Le contrat de franchising, engineering, leasing », Journée d'actualité de droit de l'entreprise, Librairie Techniques, 1971.

⁵ <http://www.observatoiredefranchise.fr/statistiques/chiffres-cles.htm>

⁶ <http://www.portaildudeveloppementcommercial.com/archive/2012>

⁷ NGUYEN Khanh Trung, *op. cit.*, p. 66.

Il a fallu attendre jusqu'aux années 1960 pour que la franchise commence à se développer dans le Vietnam du Sud où la présence américaine était forte. En effet, des stations de service et des garages tels que *Mobil, Esso, Shell* étaient exploités sous forme de franchise selon le modèle américain. Sont apparues ensuite les boutiques de *Kodak, Fuji, Konica*⁸... Mais la réunification du pays en 1975 a empêché ces réseaux de se développer compte tenu du système économique dirigiste pratiqué dans l'ensemble du Vietnam. La franchise, comme toutes les autres techniques commerciales, était considérée comme relevant de l'envahisseur.

La franchise ne peut toutefois être facilement éliminée. Elle renaquit de ses cendres à la suite de la mise en œuvre de la politique de Renouveau⁹, revêtue d'un habit neuf¹⁰. La franchise répond ainsi aux nouveaux besoins du développement économique et social tout en donnant un nouveau souffle à la vie économique du Vietnam. Entrant désormais dans une économie de marché, le Vietnam s'inscrit comme l'une des économies les plus prometteuses d'Asie du Sud-est. Après des années de forte croissance économique, le pays s'attache actuellement à allier croissance et stabilité. Les opportunités d'affaires sont aujourd'hui nombreuses dans des secteurs en attente d'investissements. Ces perspectives de développement pourraient être d'autant plus intéressantes que le gouvernement s'est engagé dans des pourparlers en vue d'un accord de libre-échange avec l'Union européenne qui devrait être signé d'ici 2013¹¹. Il entend mettre en œuvre un ensemble de projets d'envergure qui devraient refaçonner l'avenir du pays. Les grandes marques étrangères comme *Goloria Jeans Coffees, Lee's Sandwiches, Jollibee, KFC, Coffe Bean & Tea Leaf, Bread Talk, Pizza Hut, Burger Khan, H & M, Five Star Chicken, Lotteria, Louis Vuitton, Gucci, CK, Mango, Timberland*... commencent à s'y imposer. D'autres marques internationalement connues, telles que *Wal-Mart, Edwards Global Services* (Etats-Unis), *Aeon* (Japon), *Carrefour* (France), *E-Mart* (Corée du Sud), *Metro Cahs & Carry* (Allemagne), *Fair-Price* (Singapour),

⁸ NGUYEN Khanh Trung, *op. cit.*, p. 153.

⁹ Entamé en 1986, la Politique de *Đổi Mới* (renouveau) consiste notamment en une ouverture économique du pays. D'une économie fortement dirigiste, l'on est passé à une économie ouverte, dite « l'économie du marché à orientation socialiste » dans laquelle le secteur privé joue un rôle de plus en plus important. Sur le plan politique, le Vietnam cherche à entretenir des liens d'amitié avec tous les pays, qu'ils soient de régime communiste, socialiste ou capitaliste, sur la base du principe de la réciprocité. Vingt cinq ans après la mise en œuvre de *Đổi Mới*, le pays est sorti de la pauvreté tout en enregistrant une croissance annuelle moyenne de 7%.

¹⁰ Le législateur vietnamien s'est hâté à donner à la franchise un nom « *nhượng quyền thương mại* » lorsqu'il introduisit, en 2005, dans la loi commerciale toute une partie relative à la franchise. Un an après, un décret portant application de ladite loi et une circulaire relative à son enregistrement ont vu le jour, créant ainsi un encadrement spécifique à la franchise.

¹¹ Table ronde : « Les enjeux de la négociation UE-ASEAN pour la création d'une zone de libre-échange » *in* « Le Partenariat UE – ASEAN », colloque organisé par GERCIE, CEDRE/IODE UMR-CNRS 6262 et l'ESCE de Hanoï, octobre 2011. Actes à paraître, éd. Larcier, 2012.

Tesco (Royaume-Uni),... sont prêtes à investir dans le domaine de la distribution¹². De leur côté, les grandes marques locales, tels que *Café Trung Nguyen*¹³, *Kinh Do*, *Pho 24*... ont essayé de « faire du neuf avec l'ancien » tout en déployant de nouveaux réseaux sur l'ensemble du territoire vietnamien et commencent à s'implanter à l'étranger¹⁴. Tout cela constitue un environnement dynamique, concurrentiel et très prometteur¹⁵.

Le mot « franchise » est devenu magique dans ce pays émergent. Magique d'abord pour le franchiseur. C'est grâce à la franchise qu'une entreprise est susceptible de disposer d'un outil sophistiqué pour élargir ses marchés nationaux et internationaux. C'est elle qui lui permet de rehausser son prestige commercial et d'améliorer par conséquent la valeur de sa marque¹⁶. Magique ensuite pour les franchisés parce qu'elle constitue un espoir nouveau pour les commerçants qui, tout en voulant rester indépendants, peuvent minimiser les risques et les difficultés que créent l'inexpérience et l'isolement. Magique enfin pour les consommateurs qui sont de plus en plus sensibles à la qualité du produit ou du service proposé et qui cherchent à toujours pouvoir retrouver la même qualité une fois qu'ils l'ont déjà rencontrée. Or la franchise peut répondre au mieux à cette aspiration : le savoir-faire qui consiste en une conception originale d'un produit ou d'un service étant transmis à tous les franchisés, les consommateurs sont assurés de retrouver partout la même qualité.

En deux ans, le chiffre d'affaires des réseaux de franchise au Vietnam est passé de 1,5 millions de dollars en 1996 à 4 millions de dollars en 1998. Il continue à s'accroître au rythme de 15-20% chaque année. Selon les estimations, après une période de balbutiement qui ne va pas durer longtemps, ce sera bientôt la période d'explosion¹⁷. L'entrée en vigueur de la loi commerciale de 2005 et du décret n° 35 portant application de la franchise et la mise en œuvre des engagements pris dans le cadre de l'adhésion du Vietnam à l'OMC devront dopper la croissance de la franchise. En 2008, 100 réseaux étaient recensés au Vietnam, la plupart détenus par des investisseurs étrangers et plusieurs autres sont sur le point de faire leur entrée

¹² MAI Phuong, « L'implantation spectaculaire des grandes marques étrangères au Vietnam » (Các thương hiệu nước ngoài tại Việt Nam : Cuộc đổ bộ ngoạn mục với nhiều ưu thế), Vietnam Economic News, 31 janv. 2011.

¹³ *TRUNG NGUYEN* est le premier réseau de franchise au Vietnam qui date de 1996. On compte actuellement plus de 500 cafétérias portant cette enseigne sur l'ensemble du Vietnam. <http://www.vnn.vn/kinhte/thuongmaidichvu/2004/12/351605/>

¹⁴ *PHO 24* est présent à Jakarta (Indonesie), Manila (Philippines), Phnom Penh (Cambodge), Macau - Hong Kong, Tokyo (Japon), Seoul (Corée du Sud).

¹⁵ TRAN Ngoc Son, *La Franchise au Vietnam (Nhượng quyền thương mại tại Việt Nam)*, Colloque organisé en 2005 par le Ministère vietnamien du Commerce ; PHAM The Vinh, intervention dans le même colloque.

¹⁶ V. en ce sens VO Van Quyen, « Franchise : Une méthode commerciale de l'avenir (Franchise : Phương thức kinh doanh của tương lai) », Forum des entreprises, 2005 ; PHAM The Vinh, « La Franchise dans le domaine de comptable et de fiscalité : une méthode d'internationaliser la qualité des services (Nhượng quyền trong lĩnh vực kế toán thuế : một phương pháp quốc tế hóa chất lượng dịch vụ) », Forum des entreprises, 2005.

¹⁷ TRAN Ngoc Son, « La Franchise au Vietnam », art. préc.

dans le pays. En 2009, la franchise a connu une forte croissance et 16 nouvelles enseignes étrangères se sont implantées. En 2010, le chiffre d'affaires du secteur de la franchise a atteint 36 milliards de dollars américain. La Research and Markets estime que l'envergure du marché vietnamien atteindra 113 milliards de dollars en 2012 et que ce marché est parmi les marchés les plus attractifs et les plus rentables, après celui de l'Inde¹⁸.

4. La notion de franchise (en France). Parmi les centaines de milliers de lois, décret et règlements, aucun texte ne régleme en France la franchise de manière spécifique, sauf l'arrêté ministériel du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise. C'est le seul texte qui utilise expressément le terme de « franchise » sans la définir. Il existe pourtant de nombreuses définitions de la franchise avancées par les organisations professionnelles comme la Fédération Française de la Franchise (FFF), par la doctrine¹⁹ et par la jurisprudence²⁰. La définition qui semble être la plus complète est celle avancée par le Code de déontologie européen de la franchise²¹ : « La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés 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 franchisé, 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 ».

Cette définition a été reprise par la jurisprudence récente. Ainsi, la Cour d'appel de Poitiers a retenu que « le contrat de franchise est un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise confère à une autre ou plusieurs autres entreprises le droit

¹⁸ Le Courrier du Vietnam, 12 octobre 2011.

¹⁹ On peut citer, par exemple, J.-M. LELOUP, *La Franchise Droit et Pratique*, 2^e éd. Delmas, 1991 ; D. BASCHET, *La franchise, Guide juridique - Conseils pratiques*, Gualino 4^{ème} éd. 2005 ; F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la franchise*, JOLY, 2009.

²⁰ CA Paris, 28 avril 1978, *Cah. dr. entr.* n° 5/4980, p. 5 ; CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161-84, n° 33.

²¹ Le code de déontologie européen de la franchise a été élaboré par la Fédération européenne de la franchise. Il remplace depuis le 1^{er} janvier 1991 le code français de déontologie. Il se veut « un code des bons usages et de bonne conduite des utilisateurs de la franchise en Europe ». Il s'agit, en principe, d'un texte incitatif et non impératif qui n'a pas de force obligatoire, sauf si les parties y font expressément référence dans le contrat. Il a toutefois force obligatoire à l'égard des membres de la Fédération Française de la Franchise qui, lors de leur adhésion, s'engagent à le respecter sous peine d'être exclu.

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 franchisé diligent de faire des affaires profitables »²².

Notons toutefois que le 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 franchise²³ précise en son article 1b2 les obligations que doit nécessairement comporter le contrat de franchise. Il énonce ainsi que la franchise est 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 ; il 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 par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ».

5. La notion de franchise (au Vietnam). Puisque le premier instrument du juriste est la langue, certains auteurs vietnamiens ont tenté de définir la franchise dès son apparition au Vietnam. Ainsi, M. TRAN Ngoc Son l'a défini comme « une activité commerciale à l'occasion de laquelle le franchiseur accorde au franchisé, moyennant une redevance, le droit de distribuer exclusivement des produits ou des services en conformité avec les méthodes et concepts qu'il a mis au point. Le franchiseur contrôle et assiste régulièrement son franchisé qui peut utiliser l'ensemble des droits d'exclusivité relatif au réseau du franchiseur, tels que la propriété commerciale, le secret d'affaires, la marque des produits et services... »²⁴. M. Pham The Vinh, pour sa part, la considère comme « une méthode commerciale selon laquelle, le franchiseur (une entreprise de production, de distribution ou de prestation de services) accorde au franchisé (un commerçant indépendant) le droit d'utiliser la marque, les slogans et le savoir-faire ou la méthode de mise en exploitation d'un système commercial, en contrepartie

²² CA Poitiers, 13 sept. 2005, Juris-Data n° 287162. Dans le même sens : CA Toulouse, 25 mai 2004, Juris-Data n° 2004-247226.

²³ JO L 359 du 28.12.1988, p. 46-52.

²⁴ TRAN Ngoc Son, « La franchise au Vietnam », art. préc.

d'un droit d'entrée... »²⁵. La première définition a révélé trois éléments indispensables à la franchise qui sont le savoir-faire, la marque et l'assistance continue. La seconde a ajouté le critère de l'indépendance du franchisé, mais occulte malheureusement l'assistance technique continue.

Afin de créer un environnement juridique favorable à la franchise au Vietnam, la loi commerciale de 2005 (ci-après dénommée LCV) et son décret d'application cherchent à donner une définition légale à la franchise qui est désormais considérée comme « une activité commerciale par laquelle une personne nommée franchiseur autorise une autre personne nommée franchisé à effectuer en son nom les opérations de vente de marchandises ou de prestation de services dans les conditions suivantes :

1. La vente de marchandises ou la prestation de services par le franchisé doit être effectuée selon les modalités fixées par le franchiseur, en utilisant la marque, le nom commercial, le savoir-faire, le slogan commercial, l'enseigne commerciale et les moyens publicitaires du franchiseur ;

2. Le franchiseur a le droit de contrôler et d'aider le franchisé dans la gestion de ses activités commerciales »²⁶.

6. Avantages de la franchise. En adhérant au réseau du franchiseur, le franchisé peut développer une activité économique fondée sur l'innovation mise en place en matière de produits et de services par le franchiseur. Il est formé et accompagné dans sa démarche et bénéficie de l'image de marque du réseau. Le recours à la franchise lui permet également d'accéder à des ressources informationnelles et cognitives appartenant au franchiseur. Grâce aux nombreux avantages de la franchise²⁷, le taux d'échec des nouveaux franchisés est nettement plus faible que le taux d'échec moyen des nouvelles entreprises en général²⁸.

²⁵ PHAM The Vinh, « La Franchise dans les domaines comptable et fiscal : une méthode d'internationaliser la qualité des services », art. préc.

²⁶ Art. 284 de la loi commerciale vietnamienne de 2004.

²⁷ Dans son ouvrage intitulé *Achat de franchise ou une opportunité pour les entreprises vietnamiennes*, M. LY Quy Trung énumère 19 avantages que la franchise est susceptible de procurer au franchisé. Il s'agit des avantages suivants : marque et prestige commercial ; approvisionnement en produits ; service du franchiseur ; méthode de commercialisation ; système de gestion comptable ; méthode de prévisions commerciales ; méthode de construction d'un plan d'affaires ; analyse des tendances du marché ; publicité et techniques promotionnelles ; techniques de vente ; étude et développement des produits ; contrôle de qualité ; formation et assistance ; stratégie de relation publique ; stratégie de prix ; conseil dans le choix du zone d'achalandage ; décoration du point de vente ; outils et matériels ; assistance juridiques.

²⁸ En France, de nombreux sites faisant la promotion des franchiseurs affirment que le taux de réussite des franchisés est supérieur à d'autres commerçants indépendants. Ainsi, selon un document publié par la DCASPL

La franchise est également bénéfique au franchiseur qui souhaite développer le plus rapidement possible son réseau afin de faire face à la pression concurrentielle et occuper le plus rapidement possible les emplacements commerciaux les plus intéressants. Le système de la franchise lui permet de mobiliser les fonds et les moyens humains pour avoir un grand réseau avec un minimum de frais de gestion. Si la gestion de centaines de cafétérias implantés partout sur le territoire d'un pays est déjà difficile et coûteuse, l'administration de milliers de restaurants *McDonald's* partout dans le monde par une seule société n'est point chose facile et peut coûter des sommes astronomiques.

L'organisation de la franchise en un réseau permet également au franchiseur de mieux comprendre le marché, de choisir les meilleurs emplacements, de sélectionner les produits qui se vendent le mieux et de faire connaître la marque grâce à l'expansion du réseau. Plus la marque est notoire, plus elle attire des consommateurs, plus le franchiseur est en mesure de sélectionner de bons candidats franchisés. Par ailleurs, plus le réseau est grand, plus les redevances que le franchiseur peut toucher de chaque franchisé sont importantes.

Enfin, la franchise permet au franchiseur de sauvegarder l'homogénéité du concept, ce qu'il ne peut pas faire avec d'autres types de contrat.

La franchise présente donc des intérêts communs à tous les contractants. Mais il ne faut pas oublier qu'il existe des intérêts susceptibles de diverger. Le contrat de franchise, comme tout autre contrat, donne l'occasion pour chacune des parties de tirer un profit propre. Que l'on songe aux exclusivités, qui ne sont pas essentielles au contrat de franchise, mais très souvent utilisées par le franchiseur. Que l'on songe également à la liberté de rompre le contrat de franchise, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, à condition de respecter un délai.

Par ailleurs, les avantages peuvent se transformer en inconvénients car ils sont des couteaux à double tranchant. Il n'y a qu'à citer deux caractéristiques de la franchise que sont l'homogénéité du concept et l'assistance pour le pressentir. L'homogénéité qui distingue la franchise d'autres contrats fait que si un franchisé travaille à la légère, l'image de la marque risque de se ternir²⁹. Tous les autres magasins du réseau sont alors susceptibles d'en pâtir³⁰.

en novembre 2008 à partir de trois enquêtes réalisées par l'INSEE en 1998, 2002 et 2006, « parmi les entreprises créées en 2002, 72% des franchises et coopératives (avaient) toujours une activité économique trois ans plus tard, contre 66% des entreprises créées en dehors d'un réseau ». Les auteurs notent également que « les entreprises appartenant à un réseau sont ainsi des entreprises économiquement plus stables que les autres et développent une activité plus intense », elles ont « 1,7 fois plus de chances (que les autres) d'atteindre un CA supérieur à 80 000 euros après 3 ans », elles sont « 76% (contre 26%) à employer au moins un salarié ».

²⁹ A titre d'exemple, la société Nam An, propriétaire du réseau des restaurants de PHO 24, a découvert qu'un de ses franchisés avait cherché à augmenter les marges de bénéfices en réduisant la quantité de viande dans chaque

Ainsi, l'homogénéité, une fois assurée, peut profiter au franchiseur et à tous les franchisés. Elle provoque par contre des conséquences dévastatrices une fois qu'elle est affectée. Le droit (ou devoir) qui appartient au franchiseur d'assister le franchisé lui donne, pour sa part, un moyen idéal de contrôle. Le franchiseur ne doit pas toutefois en abuser à fin de ne pas trop s'immiscer dans les affaires de son franchisé. Son contrat risque, dans cette hypothèse, d'être requalifié en contrat de travail³¹. Faire le contraire, c'est-à-dire, laisser son franchisé tout seul à la merci de la concurrence des autres marques sans lui apporter une assistance continue, peut, en revanche, être considéré comme un manquement contractuel.

Toute la subtilité de la franchise se révèle de ce rapport d'intérêts, rapport dans lequel l'intérêt commun doit guider les comportements des parties dans l'exécution du contrat.

7. L'origine de la notion d' « intérêt commun ». Il est vrai que l'intérêt commun est lié directement à la notion de mandat d'intérêt commun tant en France qu'au Vietnam.

En France, aucun texte ne définit cette notion. Pourtant elle est fort ancienne. Ainsi, l'article 1833 du Code civil dispose que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des deux parties ». Le décret du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux précisait à l'article 3 que « les contrats conclus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties ». Surtout, cette notion a été forgée par la jurisprudence³² afin de « contrebalancer la liberté de révocation reconnue au mandant »³³. Les juges énoncent ainsi que lorsque le contrat de mandat est conclu dans l'intérêt commun des deux parties, c'est-à-dire lorsque les parties ont « des droits directs et concurrents sur l'objet du mandat » et qu' « elles contribuent par leur activité

bol de *pho* et en ne mettant pas le climatiseur selon les instructions du franchiseur. Le constat est encore pire pour le réseau des cafétérias *TRUNG NGUYEN*, premier franchiseur vietnamien, qui se trouve à la tête de plus de mille cafétérias au Vietnam et à l'étranger. Il a été découvert des centaines de *quasi-Trung Nguyen*.

³⁰ D. FERRIER, « La franchise internationale », *JDI* 1988, p. 625 et s. V. aussi H. KENFACK, *La franchise internationale*, th. Toulouse I, 1996 ; S. SEYEN-GUERIN, *Le contrat de distribution international*, th. Paris XI, 2001).

³¹ Les cas de requalification du contrat de franchise en contrat de travail, *infra*, n° 272.

³² Cass. req. 8 avril 1875, DP. 1858, I, p.134 ; Cass. req., 13 mai 1885, DP. 1885, I, p.350.

³³ A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^{ème} éd. Montchrestien, 2006, n° 682, p.460 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7^{ème} éd. Précis Dalloz, 2004, n° 672, p.581 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-V. GAUTIER, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2004, n°557, p.340.

réci-proque et leur collaboration suivie à l'accroissement d'une chose qui soit leur bien commun »³⁴.

Au Vietnam, la formule est utilisée directement ou indirectement dans plusieurs situations. Aussi, en droit de la famille, l'article 107 du Code civil exige, en son alinéa premier, que « le chef du foyer familial représente celui-ci dans les actes de la vie civile conclus dans l'intérêt commun du foyer ». Ce chef peut être le père, la mère ou tout autre membre majeur de la famille. De même, en matière de copropriété communautaire, les membres de la communauté doivent administrer, faire usage et disposer conjointement des biens communs « en vertu des coutumes, dans l'intérêt de la communauté et dans le respect de la loi et de la morale sociale ». En droit des sociétés, le législateur se réfère souvent à la notion d'intérêt commun, la considérant comme un élément nécessaire de la collaboration tendant à la réalisation d'une œuvre commune. Ainsi, en matière de groupement coopératif, l'article 115 du Code civil, alinéa premier, impose aux membres d'un groupement coopératif de « mettre en œuvre la coopération en respectant les principes d'égalité, d'intérêt mutuel, d'entraide et d'intérêt commun du groupement ». Le même comportement est exigé dans les SARL. En effet, dans ce type de société, les membres du conseil des associés doivent « être fidèles aux intérêts communs de la société et des propriétaires ; ne pas exploiter, dans leur propre intérêt ou dans l'intérêt d'un tiers, les informations et les secrets d'affaires appartenant à la société et les opportunités d'affaires profitables à la société ; ne pas abuser de leurs pouvoirs, ni des biens de la société pour en tirer des profits personnels ou dans l'intérêt d'un tiers »³⁵. En matière commerciale, la notion est utilisée indirectement en ce qui concerne l'agence commerciale. Dans les agences commerciales, l'intérêt commun consiste dans le souci partagé d'attirer, de maintenir et d'accroître une clientèle. L'agent travaille, sur la base d'un mandat, pour le compte du mandant, en vue de percevoir une rémunération. Puisque la satisfaction de l'intérêt de l'un passe par celle de l'autre, les deux parties collaborent à l'essor de l'entreprise et en tirent un profit. Ceci étant, chacune doit prendre en considération l'intérêt de l'autre. Aussi, l'agence commerciale « ne peut prendre fin qu'après une durée raisonnable »³⁶ et la

³⁴ J.GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in « Les activités et les biens de l'entreprise », Mém. J. DERRUPE, Litec, 1991, n°7, p.112.

³⁵ Art. 56-1-b, loi sur les entreprises de 2005. Le même comportement est exigé du président de la société, du directeur, du directeur général et du contrôleur (art. 72-1-c), des actionnaires (art. 80-5-b, art. 96-2-h, 97-3-a), des administrateurs (art. 105-1, 118), des gérants (art. 119-1-b et c) et des membres du comité de contrôle (art. 126-3) dans une société anonyme. Il est également exigé des associés (art. 134-2-a, c, e et f, art. 138-3-c) dans une société en nom collectif.

³⁶ Art. 177-1 de la loi commerciale de 2005.

révocation du mandat à l'initiative du mandant ouvre au mandataire droit « à une indemnité correspondant à la durée effective de l'agence commerciale »³⁷.

8. L'extension de la notion. Le législateur vietnamien n'a pas voulu étendre la notion d'intérêt commun à d'autres types de contrat de distribution, tels que la franchise, où existe également une convergence d'intérêts. La doctrine, quant à elle, est muette sur ce point.

Il n'en va pas de même en France où la tentation doctrinale³⁸ est grande d'étendre le régime du mandat d'intérêt commun aux contrats de distribution, notamment la concession et la franchise. S'il est vrai que la qualification du contrat de franchise de contrat d'intérêt commun a été approuvée par quelques décisions³⁹ et reconnue légalement⁴⁰, la victoire reste « éphémère et fragile »⁴¹. Elle se heurte toujours au rejet de la Haute juridiction⁴² et au refus d'une doctrine importante. Le droit positif révèle, en somme, l'existence de deux approches distinctes qui s'ignorent sinon se neutralisent. L'une reconnaît l'existence de la notion d'intérêt commun, l'autre veut en faire table rase.

³⁷ Art. 177-2 de ladite loi.

³⁸ A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in Mél. A. WEILL, Litec 1983, p. 86 ; P. GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in Mél. M. CABRILLAC, Litec 1968, p. 127 ; R. SAINT-ALARY, « Le contrat de franchising », in *Nouvelles techniques contractuelles*, Litec, 1971 ; J.-P. CLÉMENT, « De quelques problèmes posés par le franchising aux rédacteurs de contrat », *Gaz. Pal.*, 1977, 2, 543 ; O. GAST, « Le droit de la franchise aujourd'hui », *Cah. dr. entr.* 1981/4, p. 23 ; A. BÉNABENT, « Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire », *LPA*, 7 déc. 1990, n° 147, 21, 22 ; R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD com.* 1977, p. 193 et s ; T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th. Paris I, LGDJ, 1992, préf. J. GHESTIN ; G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », *JCP*, 1990, 15809.

³⁹ CA Aix-en-Provence, 31 oct. 1963, *JCP* 1964, II, 13647, note J. HEMARD ; CA Lyon, 24 janv. 1964, *D.* 1965, jurispr. p. 185, note R. PLAISANT ; CA Amiens, 13 déc. 1973, *D.* 1975, jurispr. p. 452, note A. ROLLAND ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, jurispr. p. 190, note J. GUYENOT ; *T. com. Paris*, 14 févr. 1979, *Cah. dr. entr.* 1979, n° 6, p. 14, note D. FERRIER.

⁴⁰ Par la Loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989, dite « Loi DOUBIN », relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, codifié à l'article L330-3 du Code de commerce.

⁴¹ Termes employés à P. le TOURNEAU, *J.-Cl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1010 : Concession exclusive. – Distribution, circuits et réseaux de distribution. – Inventaire des diverses concessions. – Fondement et protection des réseaux de distribution (2006).

⁴² La Cour de cassation a toujours refusé d'étendre le régime du mandat d'intérêt commun à d'autres contrats que le mandat. V. *Cass. com.*, 12 déc. 1967, deux arrêt, publiés au *Bull.* n° 411 et 412 ; *JCP*, 1968, II, 15534, note J. HEMARD ; *Cass. com.*, 10 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 219 ; *Cass. com.*, 3 janv. 1967, *D.* 1967, jurispr. p. 369 ; *Cass. 1^{ère} civ.*, 2 déc. 1997, *Defrénois* 1998, p. 332, obs. P. DELEBECQUE et p. 406, obs. A. BÉNABENT ; *Cass. com.*, 10 févr. 1970, *Bull. civ. IV*, n° 49, *D.* 1970, jurispr. p. 392 ; *Cass. com.*, 27 juin 1978, *Bull. civ. IV*, n° 182 ; *Cass. com.*, 8 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 1 ; *LPA* 3 juill. 2003, n° 132, p. 41, note N. MATHEY.

9. Une notion illusoire ? L'intérêt commun est un thème largement débattu dans la littérature juridique française qui, en général, constate qu'il ne correspond à rien de précis en droit⁴³. Les auteurs hostiles à la reconnaissance de l'intérêt commun dans les contrats de distribution, tels que la franchise, affirment qu'il ne peut y avoir de place pour l'intérêt commun en dehors du mandat. M. CABRILLAC a exprimé ce refus dans sa contribution aux Mélanges dédiés au Professeur MARTY : « Peut-on construire une notion de contrat d'intérêt commun ? Elle n'effarouche pas la pratique, comme en attestent certaines décisions. Par ailleurs, le précédent du mandat en ferait accepter l'augure ; mais il présente cette particularité que l'intérêt commun y est défini de façon intransposable aux autres contrats, puisqu'il se déduit du ou des contrats que le mandataire est chargé de conclure »⁴⁴. Or, il n'y a aucun mandat liant le franchisé au franchiseur. Pour certains auteurs, l'intérêt commun est une notion « trop généreuse et par suite imprécise »⁴⁵, une expression de pure « fantaisie »⁴⁶, « dépourvue de toute signification juridique »⁴⁷. Un auteur observe que « l'intérêt commun entre concédant et concessionnaire, entre franchiseur et franchisé, est illusoire. Seuls existent sur le terrain des intérêts divergents de part et d'autre. L'illusion provient de la complexité de ce type de relation bâtie sur un enchevêtrement de rapports obligatoires qui crée l'apparence d'une communauté d'intérêts. Généralement, l'un a pour objectif de fabriquer pour vendre et l'autre d'acheter pour revendre »⁴⁸. Un autre auteur⁴⁹ considère même que puisque les parties sont motivées par des intérêts qui divergent, « un antagonisme latent subsiste entre vendeurs et acheteurs car ceux-ci assument les risques de leur activité, antagonisme manifesté par le niveau du stock à financer et sa reprise en fin de contrat ». Monsieur F.-X LICARI, quant à lui, en suivant le raisonnement syllogistique de la Cour de cassation⁵⁰ selon lequel seul un mandat peut être d' « intérêt commun », remarque que le contrat de concession n'est pas un mandat et qu'il ne peut donc pas constituer un mandat d'intérêt commun. Il a écrit que « la

⁴³ Certains auteurs le considèrent comme un « vieux serpent de mer ». L'expression s'entend assez souvent dans les informations : un sujet qui revient de temps en temps dans l'actualité. Mais il s'agit surtout d'un sujet dont l'existence n'est pas certaine ! Cf. *Technique contractuelle*, étude par M. MOUSSERON, J.-M. MOUSSERON et J. RAYNARD, JCP E, n° 51-52, 1991, I-104, p. 504 et s.

⁴⁴ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », Mélanges G. MARTY, Univ. Toulouse, 1979, p. 246, n° 17.

⁴⁵ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris, LGDJ, 1986, n° 286.

⁴⁶ P. BECQUÉ, « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », Cah. dr. entr. 1985, n° 6, p. 24.

⁴⁷ T. BUHAGIAR, « La concession exclusive dans la branche automobile », JCP 1980, I, II, 13438.

⁴⁸ J. GUYÉNOT, « Licensing et franchising », Gaz. Pal. 1976, cité par D. PLANTAMP in *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, D. 1990 p. 177.

⁴⁹ J. - M. LELOUP, « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution », in « Dix ans de droit de l'entreprise », Litec, 1978, p. 940.

⁵⁰ Cass. com., 7 oct. 1997, pourvoi n° 5-14158, D. Aff. 1997, 1284.

notion d'intérêt commun n'avait pas de réelle signification juridique en elle-même » et qu'il s'agissait d'une « inconséquence législative qui a atteint son apogée »⁵¹. Et pourtant aucune intervention législative n'a été faite pour effacer de la loi « ce malencontreux membre de phrase »⁵². D'autres auteurs, en se basant sur la propriété de la clientèle qui appartient au franchisé, considèrent que « la prééminence de l'intérêt personnel chez le concessionnaire ou le franchisé se manifeste par la volonté de créer une clientèle propre, pour soi-même et non dans le but de la partager avec autrui dans le cadre d'une communauté d'intérêts illusoire »⁵³.

On se trouve alors indéniablement en présence d'intérêts différents, variant d'un individu à l'autre. Mais est-ce à dire que cette rencontre de volontés a pour seul but de satisfaire des intérêts qui, finalement, divergent ?

La négative doit l'emporter.

10. Riposte doctrinale. Une autre doctrine considère que la critique consistant à nier la présence de tout intérêt commun dans les contrats de distribution se trouve être en contradiction totale avec tout contrat synallagmatique basé sur la collaboration en vue de réaliser une œuvre commune. En effet, le professeur DEMOGUE écrivait que « les contrats forment une sorte de micrososome. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun, qui est la somme des buts individuels, poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »⁵⁴. Dès lors, les obligations contractuelles existent « non pour elles-mêmes mais pour un but social »⁵⁵. Le professeur MESTRE, en parlant de l'exigence de la collaboration contractuelle s'est prononcé dans le même sens : « l'esprit de collaboration est le plus formateur des caractères en impliquant, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun »⁵⁶.

Le contrat est la rencontre de volontés des contractants de faire quelque chose. L'intérêt commun est donc « de l'essence de chaque contrat »⁵⁷. En effet, dès lors que des volontés s'unissent pour donner naissance à un contrat, il y a indéniablement un intérêt commun à la

⁵¹ F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand : une contribution à l'étude de la compensation du déséquilibre contractuel dans les contrats de concession et de franchise commerciales*, Litec 2002, p. 223. L'auteur remarque toutefois qu'un rejet de l'application de la loi Doubin au contrat de franchise au motif qu'il n'est pas d'intérêt commun « aurait pour résultat de vider le texte de sa sève ».

⁵² *Ibid.*

⁵³ P. BECQUÉ, « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », art. préc., p. 24.

⁵⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 3.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 100.

⁵⁷ L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, th. Paris I, 1994, LGDJ, 1995, p. 114.

conclusion de l'accord. Ainsi, même dans les contrats synallagmatiques, il existe toujours « une dose d'intérêt commun »⁵⁸.

Le professeur HASSLER, quant à lui, observe que « l'intérêt commun apparaît dès lors qu'il existe une convergence d'intérêts entre les parties. Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne plus faire qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : l'intérêt commun, c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes »⁵⁹. A dire vrai, la plupart des contrats conférant à chacune des parties des avantages, il importe alors de déterminer la nature des avantages permettant d'aboutir à la découverte de l'intérêt commun. Doctrine et jurisprudence s'accordent pour considérer que les avantages en question ne peuvent se limiter à la perception par l'un des cocontractants d'une rémunération, car en réalité, le droit du mandataire de percevoir des rémunérations afférentes à des services fournis est la conséquence et non le critère de la qualification d'intérêt commun⁶⁰.

Quels sont donc les intérêts qu'on peut avoir en concluant un contrat de franchise ? Pourquoi choisir la voie de l'intégration plutôt que d'exercer le commerce de façon plus traditionnelle, sans adhésion ou soumission économique ? Les caractéristiques de la franchise sont le partage des signes attractifs et la communication d'un savoir-faire en accompagnement d'une assistance continue, le tout visant l'objectif de réitérer une réussite. Le contrat de franchise sert alors conjointement les intérêts des deux parties puisque « la communication du savoir-faire au franchisé profite à ce dernier qui le valorise avec un effet de retour tant pécuniaire qu'intellectuel vers le franchiseur »⁶¹. De même, le franchiseur et le franchisé ont tout intérêt au développement de la notoriété de la marque, lui donnant une « valeur ajoutée ». L'accroissement de la notoriété de la marque et l'augmentation du chiffre d'affaires du franchisé profite également au franchiseur qui percevra davantage de redevances. Le sort des parties est donc lié à l'enchevêtrement de ces intérêts.

⁵⁸ L. AMIEL-COSME, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁹ T. HASSLER, « L'intérêt commun », art. préc. p. 585.

⁶⁰ P. le TOURNEAU, art. préc. fasc. 1010.

⁶¹ M. ACKAD, *Le contrat de franchise en Egypte, étude comparative de droit français et égyptien*, th. Montpellier, 2002, p. 294. Monsieur BASCHET, quant à lui, souligne que « le contrat de franchise est bien conclu dans l'intérêt commun des deux parties : Le franchiseur met à la disposition du franchisé la marque et les signes de ralliement de la clientèle, lui transmet son savoir-faire, lui fournit une assistance continue ; le franchisé, fort de ces éléments, contribue au développement de la clientèle qui constitue l'objectif commun du franchiseur et du franchisé ». Cf. D. BASCHET, *La franchise : Guide juridique-Conseils pratiques*, *op.cit.*, p. 254.

11. Reconnaissance législative. Le débat n'a pas manqué d'être relancé⁶² lors de la promulgation de la loi DOUBIN du 31 décembre 1989 qui vise « tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties »⁶³. Pour D. PLANTAMP⁶⁴ la notion d'intérêt commun doit être comprise « comme une condition minimale nécessaire à la conclusion et à la correcte exécution du contrat ». Monsieur ATIAS⁶⁵ souligne quant à lui que si les contrats de franchise et de société ne sauraient être confondus, ni même rapprochés, ils sont tous les deux d'intérêt commun et supposent une collaboration permanente dans un climat de confiance⁶⁶. Le franchisé œuvre pour le développement général de la franchise, mais en travaillant pour lui-même. Là est l'intérêt commun. Dans ce contexte, dire que le contrat de franchise n'est pas d'intérêt commun, c'est nier même la loi Doubin qui vise toutefois principalement la franchise et la concession. Selon M. AMEDÉE-MANESME, commentant le concept de l'interdépendance⁶⁷, l'expression « inter » « crée le lien de solidarité économique qui est la juste contrepartie de la dépendance économique. Cette solidarité économique a une cause juridique qui se retrouve dans le contrat de franchise et le caractérise, à savoir l'intérêt commun ». Dans une autre étude⁶⁸, le même auteur écrit que le contrat de franchise doit « dans ses clauses notamment financières, refléter d'une part le partage de la richesse créée et, d'autre part, l'existence de cette notion de réseau qui transcende l'intérêt des parties

⁶² X. THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », méf. CABRILLAC, Litec 1999, p. 313 et s. ; « Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises », sous la dir. De D. TALLON et D. HARRIS, LGDJ, 1987. Un auteur considère que la notion d'intérêt commun a connu une « seconde jeunesse » avec la parution de cette loi. Cf. Y. MAROT, « Les relations franchiseur-franchisé : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », LPA, 5 févr. 1999 n° 26, p. 16.

⁶³ La Loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989, dite Loi DOUBIN, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, codifié à l'article L330-3 du Code de commerce.

⁶⁴ *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, Actualité législative Dalloz, 27 déc. 1990, 2^{ème} cahier, Commentaire législatif, p. 177 et s.

⁶⁵ *Le contentieux de la franchise, Annales des loyers de la propriété commerciale, rurale, immobilière*, n° 8 et 9 d'août-sept. 1994, p. 856 à 996. Dans le même sens : P. DURAND, « L'information précontractuelle obligatoire du concessionnaire exclusif », Cah. dr. entr. suppl. 5/1990, n° 44/45, 8 nov. 1990, p. 21 et s.

⁶⁶ Les économistes, quant à eux, considèrent que la confiance doit être le pivot de la performance dans les réseaux de franchise. Cf. B. GUEYE, « La généralisation de la confiance, pivot de la performance dans les réseaux de franchise : proposition d'un modèle », *Management & Avenir* 2/2009 (n° 22), p. 171-187. Selon cet auteur, les enjeux de la généralisation de la confiance dans les réseaux de franchise sont considérables. Chaque franchisé confie, par l'intermédiaire du franchiseur, aux autres franchisés de même réseau, la gestion de ses ressources financières et humaines. Un franchisé investit son temps et ses ressources financières dans son affaire et s'attend à un retour sur investissement qui rémunère son travail (sous forme de salaires) et son capital (sous forme de bénéfices). Aussi bien un comportement opportuniste du franchiseur que celui d'un autre franchisé peut affecter les ressources investies par l'ensemble des membres du réseau. Pour se prémunir, un contrôle strict peut être considéré comme une solution possible, mais cela est coûteux. Aussi, un sentiment de confiance généralisée permettra de réduire les coûts de contrôle et de surveillance grâce au renforcement de l'homogénéité du réseau.

⁶⁷ « La distribution sélective est-elle en concurrence avec la distribution en franchise », RJC avr. 1993, p. 144 à 150.

⁶⁸ « Le régime fiscal de la franchise », *Franchise Actualités*, n° 11, mars 1985, p. 5 à 8.

contractantes ». L'auteur ajoute que « la collaboration conjointe est fondée sur deux termes antinomiques : l'indépendance et l'interdépendance ». Cette collaboration conjointe génère des efforts de la part des partenaires au contrat qui « tendent tous vers un but commun, qui lui-même transcende les parties. Ce but commun, qui s'analyse comme la croissance du réseau, mesurée au développement de la clientèle dont chacun tire une partie des fruits ». A côté de ce rapport d'intérêts bipartites, il existe donc un intérêt du réseau qui fait naître une « solidarité »⁶⁹ entre ses membres. Un auteur vietnamien considère qu'« en développant un réseau de franchise, le franchiseur et le franchisé instituent « une vie commune » et s'engagent à rester fidèles. {...} Le franchiseur doit partager les difficultés que rencontre son franchisé, ce qui, non seulement renforce la confiance et l'attachement du franchisé au réseau, mais encore permet au franchiseur de découvrir les faiblesses du réseau et d'y remédier ensuite »⁷⁰.

12. Construction prétorienne. Puisque la réussite et le dynamisme du réseau dépendent de chaque membre, l'on pourrait entrevoir une sorte d'interdépendance⁷¹ et de « responsabilité réticulée »⁷². La jurisprudence prend parfois en considération « l'intérêt du réseau », intérêt collectif qui transcenderait l'intérêt particulier de chaque membre. Tous les membres du réseau seraient alors soumis à l'obligation générale de ne pas agir au mépris de l'intérêt du réseau⁷³. Le fournisseur ne doit pas porter atteinte à l'intérêt du réseau. La Cour d'appel de Paris⁷⁴ l'a ainsi décidé, dans une affaire où le franchiseur avait progressivement délaissé le système de la franchise au profit de l'exploitation directe. Les juges parisiens ont considéré que le comportement du franchiseur était « peu compatible avec les principes régissant ce mode de distribution et avec le but essentiel de la franchise, qui est de rassembler une clientèle autour d'une marque représentant divers produits originaux grâce aux efforts conjugués de professionnels réunis dans un réseau homogène ».

⁶⁹ D. MAZEAU, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mél. François TERRÉ*, Dalloz 1999, p. 603 et s.

⁷⁰ NGUYEN Khanh Trung, *Franchise, la choisir ou la refuser ?*, *op.cit.* p. 105.

⁷¹ Un auteur évoque une interdépendance des intérêts liés à l'exercice d'une activité en commun. C'est cette interdépendance qui fait de la franchise un contrat d'un type particulier qui ne saurait se satisfaire des comportements désinvoltes ou égoïstes de la part d'un de ses membres. Cf. MC ACKAD, *op.cit.* p. 409.

⁷² L. AMIEL-COSME, *op.cit.*, p. 114.

⁷³ CA Paris, 19 nov. 1969, JCP 1970, II, n° 16253, note P. LEVEL.

⁷⁴ C.A. Paris, 10 mars 1989, Quot. Jur. 16 janv. 1990, n° 6, p. 2.

13. Analyse du rapport d'intérêts : Objet de la thèse. On le sait, le souci majeur du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine est de pouvoir rétablir un équilibre contractuel entre les parties au contrat. Aussi, une majorité de la doctrine traite la franchise comme un contrat de dépendance ou de déséquilibre pour ensuite proposer des mesures de protection de la partie faible⁷⁵. Les remèdes que les auteurs ont proposés, aussi intéressants qu'ils soient, ne sont pas sans inconvénients⁷⁶, notamment parce qu'ils partent d'un préjugé que le franchisé est en situation de dépendance économique⁷⁷, ou que le contrat de franchise est déséquilibré⁷⁸ en défaveur de l'une des parties. Force est cependant de constater que la dépendance et le déséquilibre des pouvoirs sont relatifs, que trop de protection tue la protection. En matière de franchise, il n'y a pas que des intérêts qui divergent. Les parties sont liées à une œuvre commune. Dire le contraire conduit à nier le fondement même du contrat : toute convention doit traduire une certaine volonté commune pour réaliser un objet qui est, en matière de franchise, l'exploitation d'une clientèle attachée à la marque du franchiseur. Mais il convient de noter que si le franchiseur et le franchisé collaborent pour réaliser un but commun, tout n'est pas convergent dans ce contrat d'intérêt commun. A côté d'une œuvre commune dans laquelle les parties conjuguent leurs efforts pour réaliser les objectifs, le contrat de franchise doit laisser une certaine liberté à chaque partie, qui est d'ailleurs indépendante juridiquement et financièrement de l'autre, afin de rechercher son propre intérêt. Aussi il semble que ce n'est pas seulement au problème du déséquilibre des relations qu'il faut répondre, mais aussi, dans un souci de cohésion du raisonnement juridique, à l'élaboration d'une théorie basée sur l'analyse du rapport d'intérêts entre franchiseur et franchisé.

⁷⁵ V. par ex. M. FONTAINE et J. GHESTIN (sous la direction de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ 1996.

⁷⁶ Pour protéger l'équilibre contractuel, le recours à la conception jurisprudentielle de motif illégitime est restrictif et empreint de l'idée de faute. Le débiteur doit avoir été motivé par une « intention de nuire », ou avoir commis une « légèreté blâmable ». Or, selon Mme MAYMON-GOYTLOY, « l'exigence de la preuve d'une intention de nuire de la part du concédant ne fait que compliquer la position des concessionnaires sans résoudre leurs problèmes. {...} cette notion caméléon qu'est la faute en droit français, n'est, là encore, certainement pas de nature à simplifier la situation. Si elle permet d'indemniser les concessionnaires dans les hypothèses les plus choquantes, elle laisse sans protection un grand nombre de cas dans lesquels la faute n'est pas évidente – ses contours étant mal définis – difficile à prouver ou tout simplement n'existe pas. Cf. M. MAYMON-GOYTLOY, *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, RTD com. 1982, p. 519.

⁷⁷ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris, LGDJ, 1986, n° 286.

⁷⁸ V. par ex F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand : une contribution à l'étude de la compensation du déséquilibre contractuel dans les contrats de concession et de franchise commerciales*, Litec 2002 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ 2002 ; N. DISSAUX et R. LOIR (sous la direction de), *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle. Entre réalité et illusions*, éd. Harmattan, 2009.

14. Méthode d'étude : analyse comparative. Il faut le rappeler, l'étude comparative de droit franco-vietnamien n'est pas chose facile. Ce constat est d'autant plus vrai qu'il s'agit d'une comparaison entre un droit prétorien en pleine maturité et d'un autre qui est à ses premiers balbutiements. La comparaison pointilliste s'avère parfois impossible.

Une telle étude est toutefois possible, parce que si la France ne possède pas de loi spécifique, la franchise n'y est pas un contrat sans loi. Le contrat de franchise doit non seulement y satisfaire les conditions imposées par le Code civil, le Code du commerce et le Code de la propriété intellectuelle mais encore respecter le droit de l'Union européenne.

Au Vietnam, l'aspect commercial de la franchise semble avoir une certaine résonance sur le plan juridique. Ainsi, des dispositions régissant la franchise⁷⁹ ont été introduites dans la nouvelle loi commerciale de 2005. Un an après, un décret et une circulaire ont été promulgués. Le législateur vietnamien a ainsi voulu, sans prendre du recul, moraliser cette activité dès sa jeunesse. Est-ce que son but est atteint ? Est-ce que la franchise y est organisée de façon favorable ? Le franchiseur et le franchisé soumis à la loi vietnamienne sont-ils bien protégés par les règles spécifiques à la franchise ? L'ensemble des textes permet-il d'assurer un équilibre contractuel ? La loi commerciale de 2005, la loi sur la propriété intellectuelle de 2005⁸⁰ suffisent-elles pour protéger le savoir-faire du franchiseur ? De même, la loi sur la concurrence de 2004⁸¹ permet-elle de protéger le franchisé contre les abus d'une clause d'approvisionnement exclusif ou d'une clause de non-concurrence ? Les réponses aux questions susmentionnées ne sont pas évidentes. Souvent l'on doit avoir recours aux règles générales du droit commun des obligations. Or, en matière civile, la parenté existante entre les deux droits français et vietnamien⁸² permet d'opérer une telle comparaison. L'analyse des deux systèmes de droits permettra de dégager des solutions susceptibles de perfectionner le système vietnamien, notamment dans les domaines où ce dernier s'avère lacunaire.

15. Plan de la thèse. La thèse se déclinera en deux parties. La première sera consacrée à l'analyse des intérêts qui convergent, la seconde à ceux qui divergent. La recherche entreprise permettra d'avancer une qualification du contrat de franchise : contrat d'interdépendance dans

⁷⁹ Section XVI de la franchise, comportant 8 articles, du 284 au 291.

⁸⁰ Loi sur la propriété intellectuelle n° 50/2005/QH11 adoptée le 29 novembre 2005, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

⁸¹ Loi sur la concurrence n° 27/2004/QH11 adoptée le 3 décembre 2004, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

⁸² P. BEZARD, « Bicentenaire du Code civil : le Vietnam », in « Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire », éd., Dalloz-Litec, 2004, p. 653.

lequel chaque membre du réseau de franchise doit veiller à faire respecter non seulement ses intérêts particuliers, mais aussi « le destin commun des partenaires »⁸³.

PREMIERE PARTIE

UN CONTRAT BASÉ SUR UN INTERET COMMUN

DEUXIEME PARTIE

UN CONTRAT CONFRONTÉ A DES INTERETS PARTICULIERS

⁸³ J.-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 85.

Première partie

Un contrat basé sur un intérêt commun

*« Chacun de nous met en commun sa personne
et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ;
et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout »⁸⁴.*

16. Plan. Il est assez étonnant qu'une classification des contrats fondée sur les rapports d'intérêts soit absente des ouvrages de droits civil et commercial français⁸⁵. Le même constat s'impose au Vietnam⁸⁶. Or, l'émergence de nouvelles activités commerciales à la suite de l'ouverture économique du pays, telles que la distribution exclusive et la franchise, a bousculé les figures juridiques traditionnelles. On peut observer dans la pratique deux grandes catégories de rapports d'intérêts. D'un côté, certains contrats sont conclus dans l'intérêt égoïste de chaque contractant. En signant le contrat, chaque partie ne poursuit que son propre intérêt sans se soucier de celui de son partenaire. Figurent notamment dans cette catégorie les contrats synallagmatiques, tels que la vente, le bail... De l'autre côté, certains contrats sont conclus dans l'intérêt commun des parties⁸⁷. Tel est notamment le contrat de société, le contrat d'agence commerciale ou bien encore le contrat de franchise. Dans ces types de

⁸⁴ ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, Chap. VI.

⁸⁵ Et pourtant, la littérature juridique française, lorsqu'elle traite la question de validité des contrats, préfère se référer à la cause et à l'objet. Très peu de recherches sont consacrées au rôle de l'intérêt. Ainsi, on ne peut que citer A. DORVILLE qui parle « *de l'intérêt moral dans les conventions* » (th. Paris 1901) ; A. TRIBES « *du rôle de la notion d'intérêt en matière civile* » (th. Paris II, 1975) ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE du « *contrôle de l'utilité et de l'intérêt économique du contrat* » (H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 2000, p. 66 et 67) ; M. N. RONTCHEVSKY de « *L'effet dans le contrôle de l'utilité de l'obligation par l'objet et la cause* ». Pour une étude approfondie de la question, V. la thèse de M. DO Van Dai sur « *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français* » (Aix-Marseille, 2004). L'auteur a étudié l'intérêt privé en tant que raison d'être du contrat et en tant que raison de préserver certains contrats imparfaitement formés ou exécutés.

⁸⁶ Les rédacteurs du Code civil vietnamien, bien qu'ils reconnaissent le rôle de l'intérêt dans la formation du contrat (art. 123 et art. 407.3), n'ont pas classé les contrats en fonction de rapport d'intérêts des contractants, mais en fonction de leur objet et de leur nature juridique. Ainsi, en fonction de l'objet du contrat, on peut y trouver contrat de vente, contrat d'échange, contrat de prêt, contrat de bail ; et en fonction de la nature juridique du contrat, il y a un contrat synallagmatique, contrat unilatéral, contrat principal et contrat accessoire, contrat d'adhésion... Aucun contrat d'intérêt (que ce soit commun ou opposé) n'est prévu expressément par le code civil, ni par la loi commerciale.

⁸⁷ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. GHESTIN, LGDJ 2004, n°1161, p. 716 et s.

contrats, la réussite de l'un passe par celle de l'autre. Sans toutefois nier l'existence des intérêts particuliers⁸⁸, l'intérêt commun inhérent à la franchise se manifeste à l'occasion du partage des éléments de ralliement de la clientèle et du savoir-faire (Titre Premier). Cet intérêt commun se révèle encore davantage à l'occasion de l'échange d'informations et de l'assistance technique (Titre II).

⁸⁸ Une seconde partie sera consacrée à cette question, V. *infra*, p. 282 et s.

Titre premier

Les éléments constitutifs de l'intérêt commun

17. Plan. La franchise repose essentiellement sur la marque et le savoir-faire du franchiseur. Le franchisé est souvent une personne profane. Il n'a ni expérience ni marque pouvant attirer la clientèle. C'est précisément pour ces raisons qu'il opte pour la franchise. La franchise réunit donc une entreprise pivot, le franchiseur titulaire d'un concept et de signes de ralliement de la clientèle, et des entreprises satellites inexpérimentées. Pour construire et développer le réseau, le franchisé mobilise des actifs financiers et humains, tandis que le franchiseur apporte des actifs immatériels tels que la marque (Chapitre I) et le savoir-faire (Chapitre II).

Chapitre I

Le partage des signes de ralliement de la clientèle

18. Clientèle (au Vietnam). Notons d'emblée qu'au Vietnam, la « clientèle » n'est pas une notion juridique. S'il est vrai que la loi commerciale de 1995 employait l'expression « sản nghiệp thương mại »⁸⁹, cette notion ne couvrait pas, semble-t-il, la clientèle. En effet, l'article 5-7 de la dite loi la définissait comme « l'ensemble des biens qu'un commerçant, personne physique ou personne morale, met au service de son commerce, tels que les locaux, les équipements, les machines, les marchandises, les enseignes, les marques et les réseaux de distribution ». Aucune référence n'était faite à la clientèle. L'expression « réseaux de distribution » employée par le législateur semble, selon M. NGO Huy Cuong⁹⁰, faire allusion plutôt aux filières du commerçant qu'à ses relations d'affaires. La loi commerciale de 1997 fut abrogée et remplacée par la loi commerciale de 2005. Cette dernière a supprimé la notion même de fonds de commerce. Il existe dans la langue vietnamienne le mot « khách hàng ». Celui-ci signifie « l'ensemble des personnes qui achètent ou ont intérêt pour un produit ou un service déterminé »⁹¹. Il s'agit d'un terme équivalent au mot « client » dans la langue française⁹².

19. Clientèle (en France). Malgré la place essentielle occupée par la clientèle comme élément du fonds de commerce, lequel est à son tour l'une des pierres angulaires du droit des affaires⁹³, le législateur français n'a jamais souhaité⁹⁴ définir ces deux notions. Ce silence ne

⁸⁹ Ces termes ont été traduits en « fonds de commerce » par la Maison du Droit Vietnamo-Française.

⁹⁰ « Quelques commentaires sur le droit des sociétés privées » (Vài bình luận về pháp luật doanh nghiệp tư nhân), rev. Luật học (Jurisprudence law), n° 26, 2010, pp. 24-33.

⁹¹ Viện ngôn ngữ học Việt Nam (sous la direction de l'Institut linguistique du Vietnam), *Từ điển Tiếng Việt (Dictionnaire de la langue vietnamienne)*, éd. Thanh Niên, 2000.

⁹² Selon G. CORNU, le client est « celui qui, faisant confiance à un professionnel, recourt régulièrement à ses services ou – même la première fois – lui confie ses intérêts ».

⁹³ J. MONEGER, « Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce », AJDI 2001, p. 1042.

⁹⁴ La loi Cordelet en date du 17 mars 1909, désormais insérée aux articles L 141-5 et suivants du Code de commerce se contente, de façon très pragmatique, d'une énumération des éléments qui le constitue.

cesse de susciter des débats doctrinaux importants⁹⁵. Nombre de définitions ont été avancées par la doctrine⁹⁶. La doctrine la plus autorisée définit la clientèle comme un « ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués »⁹⁷. La notion de « clientèle » est donc beaucoup plus large que celle de « client ».

19-bis. Clientèle (propriété). En matière de franchise, la question récurrente est celle de savoir à qui appartient la clientèle⁹⁸. La détermination de la propriété de la clientèle oppose deux courants doctrinaux. Selon le premier courant, la clientèle est plus attirée par telle ou telle marque, de renommée nationale ou internationale, que par le savoir-faire du commerçant⁹⁹. Certains tribunaux ont jugé en ce sens¹⁰⁰. Pour le second, le franchisé est un commerçant indépendant. Il est titulaire d'un fonds de commerce auquel est rattachée la clientèle. Le contrat de franchise n'est qu'un des instruments utilisés par lui pour développer sa propre clientèle. Celle-ci est l'élément qui catalyse la diversité des éléments corporels et incorporels réunis par le franchisé pour exercer son activité. La question semble être tranchée définitivement par la Cour de cassation qui a décidé le 27 mars 2002 que « si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe

⁹⁵ V. par ex. J. MONEGER, art. préc. ; O. SAVARY et E. DUBUISSON, « Faut-il supprimer le critère de clientèle ? », LPA 30 avr. 2009, n° 86, p. 74 ; A. DENIZOT, « Le gardien, le refuge et le fonds de commerce », note sous Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 2008, LPA 18 déc. 2008, n° 253, p. 10.

⁹⁶ Si les auteurs les plus autorisés en la matière ont tenté d'élaborer une définition, aucune n'a jamais été unanimement reçue par la doctrine, notamment du fait du désaccord relatif à la nature juridique du fonds de commerce.

⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Puf, 3^{ème} éd. 1992, p. 141.

⁹⁸ L. ROZES, « Qui du franchiseur ou du franchisé est titulaire du fonds de commerce dans le cadre du contrat de franchise ? », *D.* 1995, p. 154 ; C. PROOST et P. BRISARD, « Clientèle et franchise : le divorce du droit et de l'économie », LPA, 11 avr. 2002 n° 73, p. 4 ; M. LANCIAUX, « La propriété commerciale : une nécessaire réforme », LPA 24 août 1994, n° 101 ; B. BOCCARA, « Problème de la propriété du fonds dans la distribution intégrée », *JCP G* 1997, II 22818 ; O. BINDER, « Le mythe de la propriété de la clientèle : la franchise ou l'avenir du fonds de commerce par la maîtrise des outils permettant de capter et de développer la clientèle », *AJDI* 2001, p. 1054.

⁹⁹ V. par exemple : Yves MAROT, « Franchise de distribution et savoir-faire », LPA, 1998 n° 3, p. 14 ; H. MACCIONI « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP* n° 21, 22 mai 1996, I 3934 ; M. GABON, « Les marques face au déficit du temps », *Entreprendre*, 2004, n° 182, p. 70 ; J. LARRIEU, « La marque, un signe en pleine effervescence », *Dr. & patr.* 1999, n° 75, p. 56.

¹⁰⁰ Cass. com., 9 mars 1976, pourvoi n° 74-10889, *Bull. civ. IV*, n° 89, p. 75 ; CA Paris, 6 févr. 1996, *D.* 1996, IR, 77 ; *RTD com.* 1996.I.237, obs. J. DERRUPPÉ ; *D.* 1997.5 obs. D. FERRIER ; *JCP* 1997, 22818, note B. BOCCARA ; A. GULLEMAIN, *La distribution en danger par méconnaissance de la propriété commerciale*, Loyers et copr. 1996, *Chron.* 9 ; J. DERRUPPÉ, *Clientèle et achalandage*, Mél. SAVATIER, 1992, p. 167 et *Fonds de commerce et clientèle*, Mél. JAUFFRET, 1974, p. 231 ; E. GASTINEL, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles-Obligation de non-concurrence et de confidentialité » in « La cession des relations contractuelles des affaires », PUAM, 1997, p. 198.

que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé »¹⁰¹. La doctrine n'a pas manqué toutefois d'observer une « contradiction fondamentale dans le droit français actuel sur la question »¹⁰².

20. Multifonctionnalité de la marque. Puisque le franchiseur et le franchisé ont un but commun consistant à exploiter une clientèle, le premier doit mettre à la disposition du second l'ensemble des signes pouvant attirer cette clientèle. Ces signes distinctifs peuvent être la marque, le nom commercial, la raison sociale, l'enseigne, l'appellation d'origine, le logo, le sigle... Si chacun de ces signes vise généralement une mission précise¹⁰³, la marque peut remplir plusieurs rôles en même temps¹⁰⁴. En matière de franchise, la marque du franchiseur est multifonctionnelle. Elle peut être utilisée à la fois comme enseigne, nom commercial et nom patronymique du franchiseur¹⁰⁵. Dans la pratique, étant souvent préférée aux autres signes attractifs, la marque fait l'objet d'une attention particulière¹⁰⁶.

21. Plan. La réitération d'une réussite sous forme de franchise repose sur le partage d'une marque, qui constitue l'élément le plus important dans le ralliement de la clientèle. Que ce soit en France ou au Vietnam, l'existence d'une marque constitue une condition de validité du contrat de franchise. Aussi, en contrepartie des apports financiers et humains effectués par le

¹⁰¹ Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III, 2002 n° 77, p. 66 ; D. 2002. note H. KENFACK, 1487, obs. E. CHEVRIER et 3006, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2002.457, obs. B. SAINTOURENS, AJDI 2002.376, obs. J.-P. BLATTER ; J.-P. BLATTER, « Franchise et propriété commerciale », AJDI 2002, p. 376 ; Y. MAROT, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », LPA, 4 févr. 2003 n° 25, p. 3. Récemment, la Cour de cassation a rappelé que « le contrat de franchise n'exclut pas l'existence d'une clientèle propre au franchisé ; qu'en l'espèce, en excluant par principe que la Société FLORELYS BEAUTE franchisee puisse disposer d'une clientèle personnelle, les juges du fond ont violé l'article 1134 du Code civil ». Cf. Cass. com., 23 mars 2010, pourvoi n° 09-11029.

¹⁰² P. le TOURNEAU et M. ZOIA, Franchising, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045, 16 nov. 2007.

¹⁰³ S'il s'agit d'identifier l'entreprise, c'est le nom commercial qui remplit cette tâche. Pour conférer une identité à la personne morale, c'est la raison sociale qui est utilisée. L'enseigne, quant à elle, signale le local commercial. Enfin, pour indiquer la provenance géographique des produits, il est recouru à l'appellation d'origine.

¹⁰⁴ Selon J. N. KAPFERER et G. LAURENT, la marque a six fonctions : « identification, repérage, garantie, personnalisation, ludique et praticité ». Cf. *La sensibilité aux marques*, in *La marque*, éd. Organisation Eds D' 1992, p. 111 et s.

¹⁰⁵ Exemples : TRUNG NGUYEN, ALAIN AFFELLOU...

¹⁰⁶ Selon J.-P. CLÉMENT, si le nom commercial ou l'enseigne peuvent permettre à une entreprise de s'imposer sur un marché et que la dénomination sociale peut lui donner une protection étendue, ces éléments ne sont pas suffisants pour mettre à l'abri d'une concurrence les autres entreprises contractantes d'un réseau de franchise. Seule la marque qui jouit d'une protection nationale-voire internationale-peut garantir aux franchisés une jouissance paisible, et leur assurer une protection réelle. Cf. « Franchise et droit des marques », Mém. J.-J. BURST, Litec 1997, réédition 2000, p.113. Il en va de même en droit vietnamien. En effet, l'enseigne ne bénéficie au Vietnam d'aucune protection légale, tandis que la dénomination sociale est protégée dans une zone géographique bien déterminée (la province où la ville où elle est enregistrée). Il faut noter également que les sanctions prévues pour utilisation illicite de la marque sont beaucoup plus coercitives que celles prévues pour utilisation illicite de la dénomination sociale.

franchisé, le franchiseur doit permettre au franchisé d'utiliser sa marque. Ce dernier exploitera et fidélisera une clientèle qui est attachée à celle-ci dans l'intérêt commun du réseau. L'analyse de la nature du partage de ce signe attractif permettra de le considérer comme un apport en jouissance (Section 1). Une fois que l'apport est mobilisé au service de la réalisation d'une œuvre commune, le franchiseur et le franchisé doivent s'engager à protéger et valoriser le bien apporté (Section 2).

Section 1 : L'apport en jouissance d'une marque notoire

22. Plan. La franchise repose sur la réitération par le franchisé d'un concept déjà testé avec succès par le franchiseur. Cela suppose que le concept du franchiseur possède déjà une certaine notoriété. La question de notoriété de la marque ne doit pas alors être posée. Pourtant, en France, elle fait l'objet de débats doctrinaux importants et de décisions jurisprudentielles divergentes. Au Vietnam, il semble que le législateur ne s'est pas préoccupé de cette question. La doctrine n'a pas manqué de critiquer ce silence législatif. Pour répondre à la question de savoir si la marque doit être notoire (§ 2), il convient tout d'abord d'examiner le rôle que celle-ci joue dans la franchise (§ 1). Une fois la démarche effectuée, il importe de préciser les critères d'appréciation de la notoriété (§ 3).

§ 1. La marque : un élément indispensable de la franchise

23. Plan. Après avoir analysé le rôle de la marque dans la franchise (A), il conviendra de préciser les modalités de sa mise à disposition (B).

A. Le rôle de la marque dans la franchise

24. Fonctions de la marque. La marque peut jouer plusieurs fonctions simultanément. En effet, à côté de son rôle initial d'identification de la provenance du bien ou du service¹⁰⁷, la

¹⁰⁷ L'article L. 711-1 du code de la propriété intellectuelle français définit la marque de fabrique, de commerce ou de service comme « un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou

marque présente un intérêt économique, tant pour son titulaire - producteur ou commerçant -, que pour le consommateur.

Pour le consommateur la marque constitue un repère, un « pense bête », un facteur de sécurité et même de sérénité puisqu'elle réduit les risques de déconvenue qui pourraient résulter d'une sélection hasardeuse¹⁰⁸. La marque occupe une place importante dans le choix des produits par le consommateur. Elle devient le point de différence et l'argument de vente d'un produit ou d'un service semblable et facilite ainsi l'achat.

Pour l'entreprise, la marque agit comme un aimant qui attire des nouveaux clients. Elle est placée au cœur de sa stratégie marketing¹⁰⁹ car elle permet de différencier les produits ou les services proposés de ceux des concurrents en établissant un rapport positif à long terme avec les consommateurs grâce à une image ou une réputation constamment entretenue. Chaque entreprise cherche à encourager les consommateurs afin qu'ils passent rapidement de la connaissance de la marque à une préférence pour la marque, en passant par la reconnaissance de la marque et enfin à l'insistance sur la marque. Une fois arrivée à ce stade, l'entreprise peut faire payer le consommateur un prix plus élevé pour le produit de la marque désirée¹¹⁰. La marque s'affirme donc comme un vecteur de choix, un facteur de valorisation du lien émotionnel entre le client et l'entreprise¹¹¹.

25. Valeurs de la marque. Même s'il est parfois difficile d'en donner une estimation financière, la marque est aujourd'hui considérée comme un actif immatériel à part entière¹¹². La valeur d'une marque est le résultat de plusieurs facteurs : son pouvoir d'attraction, la confiance qu'elle suscite, son effet sur l'imaginaire des gens, sa notoriété, sa renommée ou

services d'une personne physique ou morale ». Il en va de même en droit vietnamien. En effet, l'article 4-16 de la loi relative à la propriété intellectuelle de 2005 définit la marque comme « des signes servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ».

¹⁰⁸ N'utilise pas-t-on souvent l'expression « c'est du Sony » au Vietnam ? En effet, la marque *Sony* est très présente au Vietnam et est considérée par, sinon tous les vietnamiens, une majorité d'entre eux comme un gage de la qualité.

¹⁰⁹ C. BENAROYA, « Les difficultés du choix de la marque : le point de vue du marketing », Dr. et pat. 1999, n° 75, p. 76.

¹¹⁰ J. BON, « La valeur ajoutée de la marque », Colloque sur le droit de la propriété intellectuelle : *LA MARQUE*, Maison du Droit Vietnamo-Française, 3 oct. 2008.

¹¹¹ Ces liens peuvent être de différentes formes, avoués, passagers, inconscients, raisonnés... Susan Fournier en a identifié au moins onze formes : de l'attachement profond à la tocade, du mariage de convenance à l'esclavage, du retour en enfance au péché mignon, de la préconisation au mariage par dépit, des amitiés compartimentées aux occasions qui font le larron. Cf. O. NETTER et N. HILL, « Le rôle de la marque », *Leadership F A C T O R* Europe 2009.

¹¹² P. N. NICOLINO, *The complete idiot's guide to brand management*, Kindle edition, 2001, traduit en vietnamien par NGUYEN Minh Khoi, et publié par Alphabook, sous l'intitulé *Quản trị thương hiệu*, éd. Lao dong-Xa hoi, p. 151 ; C. CRAMPES, « La valeur économique des marques », Dr. et pat. n° 75 oct. 1999, p. 79.

son image de marque¹¹³. C'est une valeur ajoutée¹¹⁴, un « *goodwill* », qui est apportée par la marque à la marchandise ou au service. Cette valeur marketing est évaluée financièrement à l'aide de méthodes que les spécialistes s'efforcent de mettre au point¹¹⁵.

On apprend ainsi que *Microsoft* et *Apple* valent respectivement 56,6 et 57,4 milliards de dollars, que *Coca-Cola* est estimé à 55,4 milliards de dollars. *Nokia* pèse, quant à elle, 27,4 milliards de dollars¹¹⁶.

26. Pouvoir attractif de la marque. Nul ne doute aujourd'hui que la marque constitue l'élément le plus attractif de la clientèle¹¹⁷. Or l'exploitation de la clientèle constitue le but ultime du franchisé. Celui-ci, en intégrant un réseau de franchise, cherche essentiellement à profiter de l'image de marque de son franchiseur, de sa notoriété et de la clientèle qui lui est nécessairement attachée¹¹⁸. La réitération¹¹⁹ ou le « clonage »¹²⁰ d'une réussite implique que les signes distinctifs, le savoir-faire et l'assistance soient réunis pour une mission précise : ils

¹¹³ Selon H. MACCIONI, l'image de marque signifie l'image socialement valorisante qu'elle véhicule, rendant la vente du produit qu'elle désigne moins vulnérable à la concurrence et moins sensible aux prix. L'expression « image de marque » est fréquemment utilisée comme synonyme de notoriété ou de renommée. Elle est définie comme un bien incorporel constitué par l'ensemble des représentations tendant à singulariser aux yeux du public, la notoriété d'une marque ou tout autre élément pouvant avoir une valeur économique, et qui résulte de nombreux investissements, notamment publicitaires et de marketing. Cf. « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », JCP n° 21, 22 mai 1996, I 3934.

¹¹⁴ J. BON, « La valeur ajoutée de la marque », art. préc ; M. GABON, « Les marques face au déficit du temps », *Entreprendre*, 2004, n°182, p.70.

¹¹⁵ Plusieurs techniques sont proposées (référence à la valeur de marché, au coût historique, au coût de remplacement, au chiffre d'affaires induit par la marque, à la valeur économique d'usage...) pour réaliser une évaluation indispensable à de nombreuses opérations : inscription au bilan, fusion, apport partiel d'actif, partage de succession...). Cf. J. LARRIEU, « La marque, un signe en pleine effervescence », *Dr. & patr.* 1999, n°75, p. 56.

¹¹⁶ NGUYEN Vinh, « Les Vingt marques mondiales les plus performantes » (*Hai mươi thương hiệu đắt giá nhất hành tinh*), *Vietnam Economic Times*, 2 août 2010.

¹¹⁷ C-H. GIRAUD, *L'importance économique de la marque*, th. Paris, 1963, éd. 1965 ; H. MACCIONI, « L'image de marque : Émergence d'un concept juridique ? », JCP 1996, I 3934 ; M. POUMARÈDE, « La théorie du parasitisme au secours des marques d'usage notoire imitées », note sous CA Orléans, 2 juill. 2004, LPA, 20 oct. 2005 n° 209, p. 13 ; A. de BROSSES, « Le régime juridique des produits vendus sous marque de distributeur », LPA, 2 juill. 2002 n° 131, p. 17 ; J.-M. LELOUP, *La Franchise. Droit et Pratique, op. cit.*, p.17 ; D. BASCHET, *La franchise, Guide juridique - Conseils pratiques, op. cit.*, ; LY Quy Trung, *Franchise ou la clé de la réussite (Franchise, bí quyết thành công bằng mô hình nhượng quyền kinh doanh)*, éd. Trè, 2005.

¹¹⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, p. 480. Monsieur BASCHET, quant à lui, a proposé la formule suivante : Marque + Savoir-faire + Assistance = Franchise. L'absence de l'un de ces paramètres tronque l'équilibre fondamental du contrat et justifie sa nullité pour défaut d'objet ou pour absence de cause. Cf. D. BASCHET, *op. cit.*, p 23.

¹¹⁹ C'est permettre à autrui de réussir comme on a réussi. J.-M. LELOUP, *op. cit.*, n° 303.

¹²⁰ Terme employé par Albert KONG au premier Salon international de franchise organisé à Hochiminh-ville, Vietnam, en 2008, cité par LY Quy Trung in *Achat de franchise ou une opportunité pour les entreprises vietnamiennes, op. cit.*, p. 5.

sont les vecteurs de la réussite attendue par les parties¹²¹. Comme l'a justement remarqué M. ACKAD, en matière de franchise « les signes distinctifs sont l'illustration de la réussite. Le savoir-faire est le moteur de cette réussite. L'assistance est l'énergie nécessaire à la persistance de la réussite »¹²².

La marque est donc essentielle dans la franchise. Ce rôle est reconnu tant en droit français (1) qu'en droit vietnamien (2).

1. – L'existence de la marque : une condition d'existence de la franchise en droit vietnamien

27. Textes. Compte tenu de l'importance des signes distinctifs dans la réitération de la réussite, l'existence de la marque est exigée expressément à plusieurs reprises par le droit positif vietnamien. Ainsi, l'article 284 de la loi commerciale de 2005 dispose que « la vente de marchandises ou la prestation de services par le franchisé doit être effectuée selon les modalités fixées par le franchiseur, en utilisant la marque, le nom commercial, le savoir-faire, le slogan commercial, l'enseigne commerciale et les moyens publicitaires du franchiseur ». La marque doit exister au moment de la formation du contrat et le demeurer pendant toute la vie de la franchise¹²³. Cette exigence est rappelée par le décret d'application (n° 35) de la loi commerciale de 2005. En effet, l'article 10 dudit décret prévoit que « les droits de propriété industrielle doivent faire partie intégrante du contrat de franchise » et que la mise de ces droits à disposition du franchisé « peut être faite dans l'accord de franchise ou dans un document séparé ». La circulaire¹²⁴ relative à l'enregistrement de la franchise, quant à elle, exige que le franchiseur précise « son droit de propriété sur la marque et sur tout autre signe distinctif faisant l'objet du contrat ».

28. Il paraît opportun de noter que si l'absence de la marque justifie la nullité du contrat pour défaut d'objet sur le fondement de l'article 122 du Code civil de 2005, sa défaillance survenue pendant l'exécution du contrat aura pour conséquence la résiliation unilatérale du

¹²¹ VU Dang Hai Yen, *Le droit de la franchise dans le contexte de l'économie du marché au Vietnam (Những vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật về nhượng quyền thương mại trong nền kinh tế thị trường ở Việt Nam)*, th. Université de Droit de Hanoi, 2008, p. 156 et *passim*.

¹²² M. ACKAD, *op. cit.*, p. 50.

¹²³ L'article 287-4 relatif aux obligations du franchiseur précise que celui-ci est tenu de « garantir son droit de propriété intellectuelle faisant l'objet du contrat de franchise ».

¹²⁴ 09/2006/TT-BTM en date du 25 mai 2006, entrée en vigueur le 11 juin 2006.

contrat avec possibilité de versement des dommages-intérêts par la partie fautive¹²⁵. De même, le franchisé peut, sous le visa de l'article 16 du décret n° 35, résilier unilatéralement le contrat de franchise si son franchiseur contrevient aux obligations prévues par l'article 287 de la loi commerciale. Parmi ces obligations figure celle de « garantir le droit de propriété intellectuelle faisant l'objet du contrat de franchise »¹²⁶.

La résiliation du contrat prévue par le décret n'est toutefois pas satisfaisante dans la mesure où la marque joue un rôle primordial dans la franchise. Si la défaillance de la marque est tellement grave que le franchisé ne peut pas réaliser le but attendu, la résolution du contrat devrait être prononcée, avec versement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 425 du Code civil.

2. – L'existence de la marque : une condition d'existence du contrat de franchise en droit français

29. Usage. Née de la pratique, la franchise doit répondre aux exigences de la pratique. Aussi, pour pouvoir permettre au franchisé de réitérer la réussite, le franchiseur est tenu, aux termes de l'article 2 du Code de Déontologie de la Fédération française de la franchise de 1971, de « garantir la validité de ses droits sur les signes de ralliement de la clientèle (tels que marque, enseigne, sigle, slogan, etc.) et [d'] assurer au franchisé la jouissance paisible de ce qu'il met à sa disposition ». Le paragraphe 2.2.b du Code de déontologie européen de la franchise¹²⁷, quant à lui, précise que le franchiseur doit « être titulaire des droits sur les signes de ralliement de la clientèle : enseigne, marque et autres signes distinctifs ».

S'il est vrai qu'il n'existe pas de loi spécifique à la franchise, la doctrine¹²⁸ et les textes en vigueur¹²⁹ insistent cependant sur le rôle de la marque dans la franchise.

¹²⁵ Art. 426-4 du Code civil de 2005.

¹²⁶ Art. 287-4 de la loi commerciale de 2005.

¹²⁷ Le Code de déontologie européen de la franchise est élaboré par la Fédération européenne de la franchise. Il remplace depuis le 1^{er} janvier 1991 le code français de déontologie. Le code qui se veut « un code des bons usages et de bonne conduite des utilisateurs de la franchise en Europe » est en principe un texte incitatif et non impératif qui n'a pas de force obligatoire, sauf si les parties y font expressément référence dans le contrat. Il a toutefois force obligatoire à l'égard des membres de la Fédération Française de la Franchise qui, lors de leur adhésion, s'engagent à le respecter sous peine d'être exclu.

¹²⁸ Cf. J-P CLÉMENT, *Franchise et droit des marques*, in Mél. J-J. BURST, *op. cit.*, p.113 ; J-J. BURST, « Eléments de ralliement de la clientèle et franchise », Cah. dr. entr. n° 2, 1988, p. 40 et s ; G. GUIU et M. TRESS, « La protection du réseau de franchise par les droits de propriété industrielle », *D.* n° 170, 22 juill. 1999, p. 1154 et s ; Y. MAROT, « La franchise et ses signes de ralliement », *Le nouvel entrepreneur*, n° 11, sept.-oct. 2000. R. SAINT-ALARY, *Le contrat de franchising*, in *Nouvelles techniques contractuelles*, Litec, 1971 ; J.-M.

30. Texte en droit français. L'article 1^{er} -2^o du décret d'application de la loi DOUBIN¹³⁰ énonce que le document d'information précontractuelle doit contenir « ...la date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie ».

31. Textes en droit communautaire. On retrouve également cette exigence en droit communautaire. Ainsi, le considérant 2 du règlement européen du 30 novembre 1988¹³¹ précise que « les accords de franchise consistent essentiellement en des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs... ». L'article 1.3.b dudit Règlement prévoit que l'accord de franchise « doit comprendre au moins l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs... ». De même, les lignes directrices¹³² du Règlement européen du 22 décembre 1999¹³³ précisent que « les accords de franchise comportent une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de services ».

Ainsi énoncée, l'existence de la marque doit être considérée par le juge comme une condition de validité du contrat de franchise.

LELOUP, *La franchise*, 2^{ème} éd. Delmas, 1991 ; O. GAST, « Le droit de la franchise aujourd'hui », cah. dr. entr. 1981/4 ; BESSIS, *Le contrat de franchise : notions actuelles et apport du droit européen*, LGDJ 1990.

¹²⁹ A noter toutefois que le droit européen ne s'applique que si la franchise :

- est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres de l'Union européenne ;
- et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ;

et ce de façon sensible. (art. 85, § 1 du Traité de Rome).

Dans la pratique, il a été jugé qu'un réseau de franchise de supermarché qui reste exclusivement français et ne comporte aucun point de vente établi sur le territoire d'un autre État n'affecte pas le commerce entre États membres (CA Paris, 1^{ère} ch. C, 6 juill. 1995, Sté Pigadis c/ Sté Prodim S.N.C). Il en est de même si, dans un État, le réseau de franchise n'a pas pour effet, par l'existence de clauses d'approvisionnement exclusif, de rendre le marché très difficile pour les fournisseurs étrangers (CA Paris, 1^{ère} ch. C, 16 mars 1995, Juris-Data n° 1995-021149). Cf. D. LEGAIS, *Franchise*, J.-Cl. com, Fasc. 316, 15 mars 2009.

¹³⁰ Ce texte est applicable à « 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 », donc au contrat de franchise.

¹³¹ 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.

¹³² JOCE C 291 du 13 octobre 2000. Ces lignes exposent les principes d'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 81 CE. L'article 2, paragraphe 1, du règlement CE n° 2790/1999.

¹³³ Règlement CE n° 2790/1999 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE n° L336/21 du 29 déc.1999.

32. Jurisprudence. Faute d'une marque valide, le juge peut annuler le contrat de franchise pour défaut d'objet ou pour absence de cause. En effet, la Cour de cassation¹³⁴ a approuvé une décision rendue par les juges du fond qui avaient prononcé la nullité d'un contrat de franchise pour absence de cause.

En l'espèce, la SARL MIKIT France (franchiseur) a consenti à la société ABCD (franchisé) la franchise d'une marque et d'un procédé de construction et de commercialisation de maisons individuelles. Se prévalant du non respect par le franchisé de ses obligations, le franchiseur l'a mis en demeure, puis a résilié le contrat de franchise. Critiquant pour sa part le système MIKIT, le franchisé a assigné son franchiseur en nullité et subsidiairement en résolution du contrat de franchise devant le tribunal de commerce de Versailles, lequel a prononcé la résiliation de cette convention aux torts du franchisé.

En appel, la Cour de Versailles a annulé le contrat de franchise pour absence de cause et réticence dolosive aux torts du franchiseur. Pour déduire l'absence de cause, la Cour a relevé qu'aux termes du contrat de franchise signé le 16 sept. 1994, la société MIKIT avait déclaré être propriétaire de la marque « Maisons MIKIT » déposée à l'I.N.P.I. le 17 févr. 1983 sous le numéro 65.5179 et avait concédé à Monsieur DORIEUX le droit exclusif de l'utiliser dans le territoire de dix cantons tous situés dans l'arrondissement de Lyon. Mais cette marque dont était titulaire la société E.C.L. avait été transmise à la société MI-FRANCE par apport partiel d'actifs et c'est à la fin de l'année 1991 que la société MI-FRANCE en avait elle-même fait l'apport à la société MIKIT. Toutefois, le franchiseur n'a pas procédé aux formalités corrélatives nécessaires pour rendre ces transferts opposables aux tiers, ni au renouvellement à l'échéance décennale. La Cour d'appel en a conclu que le franchiseur n'avait pas établi la réalité de ses droits de propriété ou de jouissance sur la marque « Maisons MIKIT » lors de la conclusion du contrat de franchise et que ce dernier était donc privé de cause¹³⁵.

¹³⁴ Cass. com., 19 oct. 1999, pourvoi n° 97-19185. Voir également : CA Versailles, 12^{ème} ch. sect. 2, 7 févr. 2002 ; SARL ABCD constructeur et a. c/ SARL Mikit France, Juris-Data n° 2002-210324, puis : Cass. com., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-00515.

¹³⁵ V. toutefois J.-P. VIENNOIS, « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », JCP 2003, II 10127. L'auteur observe qu'« un signe déposé à titre de marque, lorsque le déposant n'a pas accompli les formalités de publicité et de renouvellement exigées par le droit des marques, mais a cependant été utilisé comme enseigne, constitue un signe distinctif digne de protection par l'action en concurrence déloyale. Le signe avait donc une valeur et il était protégeable. Rien ne permettait alors d'exclure que la mise à disposition du signe « Mikit » ait pu constituer une contrepartie (au moins partielle) de l'engagement du franchisé. Or, si l'on peut concevoir que l'absence partielle de cause justifie une réduction du prix, prononcer la nullité du contrat de ce seul chef apparaît discutable. Quant à prendre acte d'une erreur du

33. En définitive, en droit français comme en droit vietnamien, le franchiseur doit mettre à la disposition de son franchisé les signes de ralliement de la clientèle, au premier rang desquels figure la marque. Si la marque fait défaut au moment de la formation du contrat, ce dernier serait nul pour absence d'objet ou de cause tant en France qu'au Vietnam. Si la défaillance de marque survient pendant l'exécution du contrat de franchise, seule la résiliation est possible en droit vietnamien. En revanche, le franchisé français peut demander la résiliation ou la résolution du contrat, selon la gravité de cette défaillance. Si la défaillance de la marque ne permet pas au franchisé d'atteindre le but poursuivi, il a alors recours à la résolution qui lui permet de récupérer les droits d'entrée, les redevances... Si la défaillance survient au moment où l'exécution du contrat lui a procuré un avantage, il est tentant pour lui de demander une réalisation qui ne remet pas en cause le passé. Ainsi, la Cour de cassation a fait droit à la résiliation du contrat effectuée par un franchisé pour motif que son franchiseur avait délaissé sa marque au profit d'une autre société¹³⁶. Cette construction prétorienne montre que la marque est non seulement une condition de validité du contrat de franchise, mais encore une condition d'existence de l'intérêt commun qui doit résider dans ce type de collaboration. Il convient dès lors d'examiner les modalités de la mise à disposition.

B. La mise à disposition d'une marque ou l'apport en jouissance au service de l'intérêt commun

34. Si la doctrine et la jurisprudence en France s'accordent à considérer que la marque est un élément indispensable au contrat de franchise, elles sont toutefois partagées sur la nature juridique de la qualification de « mise à disposition ». La doctrine vietnamienne n'est pas non plus unanime. Une analyse de cette notion dans le contexte de l'existence de l'intérêt commun paraît opportune (1). Elle débouchera sur une qualification plus adéquate : l'apport en jouissance (2).

1. – L'absence de définition de la notion de « mise à disposition »

35. En France, force est de constater qu'il n'existe aucune définition légale de la « mise à disposition » en dépit de la fréquence de son utilisation. Malgré un nombre important d'études

franchisé sur la cause - ce que la Cour ne fait pas puisqu'elle vise une « absence de cause » - encore eût-il fallu montrer le caractère déterminant d'une marque plutôt que d'une enseigne, dans l'esprit des parties ».

¹³⁶ Cass. com., 3 janv. 1996, pourvoi n° 94-12314.

consacrées à ce sujet¹³⁷, peu d'auteurs cherchent à répondre à la question de savoir si ce vocable définit un mécanisme juridique ou simplement une opération matérielle.

36. Certains auteurs préfèrent ne pas donner une grande importance à la question. En effet, M. FERRIER indique que « le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé (peu importe la nature de l'opération juridique utilisée pour cette mise à disposition : licence de marque, prêt d'enseigne...) ses signes distinctifs »¹³⁸. Dans un autre ouvrage, le même auteur observe que « le franchiseur doit concéder l'usage des signes distinctifs. Leur mise à disposition pourra s'opérer par divers formules : prêt d'enseigne, licence de marque »¹³⁹. Quant à M. MARDENALOM, dans son étude comparative des réseaux de distribution, il observe que « si la question de la nature juridique de cette mise à disposition a pu être débattue en doctrine, elle représente peu d'intérêt »¹⁴⁰. Un autre auteur¹⁴¹ considère même qu'une licence de marque est superflue compte tenu de la règle de l'épuisement du droit de marque qui fait obstacle à ce que son titulaire s'oppose à l'usage de celle-ci pour des produits mis dans le commerce sur le marché intérieur de l'Union européenne, par lui-même ou avec son consentement. La vente de l'objet marqué par le franchiseur au franchisé est une « mise dans le commerce » au sens du Code de la propriété intellectuelle et épuise donc le droit du franchiseur sur sa marque. Une licence de marque est donc inutile pour permettre la distribution des produits contractuels par le franchisé.

37. D'autres lui accordent au contraire une certaine signification et proposent plusieurs qualifications. En effet, J.-M. LELOUP examine cette question selon les différents types de franchise. Selon lui, c'est une *location de marque* dans la franchise de distribution, une *licence de marque* au sens restrictif¹⁴² dans la franchise d'industrie, et une *concession de licence* dans la franchise de service¹⁴³.

¹³⁷ V. par exemple N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », RTD civ., 1981, p. 300 et s. ; E. TARDIEU-GUIGES, *La licence de marque*, th. Montpellier, 1991 ; M. ACKAD, *op. cit.*, n° 187 et s.

¹³⁸ D. FERRIER, « Franchise », Rép. Com. Dalloz, mars 1996, p. 3, n° 10.

¹³⁹ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 2^{ème} éd. Litec 2000, p. 290, n° 627.

¹⁴⁰ Y. MARDENALOM, *Etude comparative des réseaux de distribution*, th. Montpellier, 1999, p. 218, n° 504.

¹⁴¹ F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 116.

¹⁴² Qui permet seulement d'apposer la marque sur des produits. Dans sa conception extensive, la licence de marque englobe toutes les autorisations conférées par le propriétaire de la marque. En ce sens : P. MATHELY, *Le droit français des signes distinctifs*, Lib. J. Not. 1984, p. 363.

¹⁴³ J.-M. LELOUP, *Droit et pratique de la franchise*, 1^{ère} éd. Delmas, mis à jour 1^{er} avril 1984, p. B et s.

Ces analyses ont pour inconvénient majeur qu'elles réduisent la mise à disposition à une contrepartie obligationnelle des droits d'entrée que le franchisé doit verser au franchiseur. Une fois que la mise à disposition par le franchiseur et le versement des droits d'entrées par le franchisé sont effectués, les parties auront exécuté leurs obligations sans qu'aucune collaboration ultérieure ne soit nécessaire. Or, cette conception réductionniste de la relation entre contractants n'est pas appropriée à la franchise. Contrat visant la réitération d'une réussite, la franchise exige une collaboration constante dans la valorisation de la marque et dans l'amélioration du savoir-faire. La mise à disposition de la marque, tout comme la communication d'un savoir-faire, ne sont pas des obligations instantanées. Elles doivent non seulement être exécutées lors de la formation du contrat de franchise, mais continuer à l'être pendant toute la durée de celui-ci. Si le franchiseur accorde à son franchisé le droit d'utiliser sa marque, ce n'est pas seulement pour percevoir des droits d'entrée, mais également pour le développement du réseau par le biais des moyens financier et humain de son franchisé. Celui-ci, quant à lui, peut tirer profit de la valorisation de la marque du franchiseur. Plus cette dernière est notoire, plus elle permet au franchisé de capter des clients.

38. D'autres auteurs ont proposé une qualification dans ce sens. Ainsi, M. FABRE considère que la mise à disposition de la marque constitue un prêt à usage qui naît de la rencontre d'intérêts convergents¹⁴⁴. Il est vrai qu'une telle qualification est discutable à cause de son caractère gratuit¹⁴⁵, mais appliquée au commerce elle doit supporter quelques entorses. Selon l'auteur, le contrat de prêt à usage procure toujours un avantage à l'emprunteur. Or, « cet avantage ne sera pas isolé mais équilibré, au contraire, par celui dont bénéficiera le prêteur. L'opération qui n'a, normalement, qu'un seul bénéficiaire, en aura alors deux, chacune des parties trouvant un intérêt dans l'opération ». Cette analyse renforce l'existence de l'intérêt commun, car « l'avantage tiré par l'une des parties ne se réalise pas aux dépens de l'autre et que chacune d'elles a l'intérêt que l'acte envisagé se réalise. Les intérêts ne sont donc pas contradictoires mais communs. Cela indique, sans doute, que le prêt à usage en matière commerciale est un contrat d'intérêt commun »¹⁴⁶. En outre, puisque le contrat est d'intérêt commun, cela conduirait à renforcer les obligations des parties en cours d'exécution du contrat. Cette solution permet une analogie. En effet, si, obéissant aux dispositions¹⁴⁷ du

¹⁴⁴ R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », RTD com. 1977, p. 197.

¹⁴⁵ L'art. 1876 du Code civil français énonce que le prêt à usage « est essentiellement gratuit ».

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Les articles de 1874 à 1891 du Code civil français.

Code civil, « l'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée »¹⁴⁸, le franchisé devra utiliser la marque selon les modalités qui lui sont propres et participer à la valorisation de celle-ci. Cette conception a été adoptée par le législateur vietnamien de 2005 puisqu'il impose à l'emprunteur de « garder et conserver la chose prêtée comme il le ferait avec ses propres biens ; ne pas en modifier l'état de sa propre initiative »¹⁴⁹. Considérer la mise à disposition de la marque comme un prêt à usage ne trahirait ainsi pas l'idée de réitération de la réussite pour laquelle les contractants doivent faire preuve de collaboration pour la valorisation de la chose apportée au service de l'intérêt commun.

Cette qualification, aussi séduisante qu'elle soit¹⁵⁰, se heurte toutefois à un inconvénient important, tant en droit français qu'en droit vietnamien : le prêteur peut récupérer la chose prêtée (la marque) quand bon lui semble¹⁵¹. Ce droit dont dispose l'emprunteur ne peut pas être admis en matière de franchise dans la mesure où l'utilisation de la marque du franchiseur par le franchisé constitue l'objet même de leur contrat. C'est ainsi que la doctrine cherche à donner à la mise à disposition une qualification plus adéquate dans le contexte de l'intérêt commun.

2. – La thèse de l'apport en jouissance

39. Mme L. AMIEL-COSME considère la mise à disposition de la marque par le franchiseur comme un apport en jouissance au profit du franchisé et de l'ensemble du réseau¹⁵². Cette qualification rejoint l'idée selon laquelle la mise à disposition peut être

¹⁴⁸ Art. 1880 dudit Code.

¹⁴⁹ Art. 514-1 du Code civil vietnamien de 2005.

¹⁵⁰ L'avantage le plus important de la qualification d'apport en jouissance, c'est qu'elle oblige le franchisé-emprunteur à maintenir l'image de marque comme si cette dernière lui appartenait. On ne peut pas suivre l'auteur quand il objecte cependant qu'« alors que dans le contrat de bienfaisance le prêteur peut récupérer sa chose, dans le contrat d'intérêt commun, il a au contraire l'obligation de lui en laisser l'usage jusqu'à la réalisation de l'objet ». Une telle interprétation va à l'encontre des dispositions des Codes civils tant français que vietnamien. Ces deux codes permettent au prêteur de récupérer la chose prêtée en cas de nécessité.

¹⁵¹ Il doit bien sûr justifier la nécessité pressante et respecter un préavis raisonnable. Ainsi, l'article 1189 du Code civil français prévoit que si, pendant le délai du prêt ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre. L'article 517-1 du Code civil de 2005 vietnamien, quant à lui, énonce qu'en cas de nécessité pressante et imprévue du prêteur d'utiliser la chose, le prêteur pourra le reprendre quand bien même l'emprunteur n'aurait pas encore atteint la fin poursuivie par le prêt, sous réserve de l'en informer raisonnablement à l'avance.

¹⁵² L. AMIEL-COSME, *op.cit.* p. 175.

considérée comme une sorte « d'apport en industrie de part et d'autre »¹⁵³. Elle permet d'établir un lien étroit entre l'intérêt commun des parties et leur apport au réseau de distribution. Ce lien est d'ailleurs souligné par M. HASSLER qui observe que « l'existence d'un intérêt commun indique que les consorts cherchent ensemble un avantage, ce qui nécessite de leur part une mise en commun de quelque chose »¹⁵⁴. En matière de franchise, ce « quelque chose » doit être la marque.

40. Le vocable « apport en jouissance » n'est pas étranger à la littérature juridique vietnamienne. En effet, la plupart des auteurs relève que le franchiseur accorde à son franchisé, au moyen d'un contrat de « licence de marque »¹⁵⁵, ou d'un contrat de « prêt de marque »¹⁵⁶ le droit de jouir de la marque. Au Vietnam, il n'y a pas de mot spécifique pour désigner la notion d'« apport en jouissance ». On peut toutefois pressentir les prémices de cette qualification dans les propos de M. NGUYEN Khanh Trung qui considère la franchise comme une « vie commune »¹⁵⁷ au cours de laquelle « le franchiseur et le franchisé doivent, chacun de son côté, apporter quelque chose et se partager entre eux les difficultés ». A côté de cette vie commune bipartite, il existe une vie au sein du réseau. Ce dernier est assimilé par l'auteur à une « famille »¹⁵⁸ au sein de laquelle le franchiseur joue le rôle du père et les franchisés de rôle des enfants¹⁵⁹. Les franchisés membres doivent donc respecter les instructions du franchiseur dans l'utilisation de la marque et du savoir-faire. Ils sont certes libres de décider de leur propre vie, mais leur sort est interdépendant dans la mesure où ils ont tous un seul père qui détient le « mode d'emploi » commun permettant d'assurer l'intérêt

¹⁵³ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale » in Mél. G. MARTY, 1978, n° 15, p. 244. L'auteur observe qu'il existe dans ces contrats de distribution un « *animus cooperandi* » qui se manifeste par une sorte d'apport en industrie : « N'y a-t-il pas apport en industrie de part et d'autre dans la concession de vente, dans le franchisage, dans la plupart des contrats de situations ? ». V. également P. GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in Mél. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 127 ; D. PLANTAMP, « L'intérêt commun dans les contrats de distribution », D. 1990, p. 177.

¹⁵⁴ T. HASSLER, art. préc. p. 581.

¹⁵⁵ VU Dang Hai Yen, *Le droit de la franchise dans le contexte de l'économie du marché au Vietnam*, op. cit., V. du même auteur, « Les parties au contrat de franchise » (Một số vấn đề về chủ thể của hợp đồng nhượng quyền thương mại), Rev. Etudes législatives, 2005 ; « La franchise au Vietnam – les aspects théoriques et pratiques » (Nhượng quyền thương mại ở Việt Nam- Những vấn đề lý luận và thực tiễn), Rev. Etudes législatives, 2006.

¹⁵⁶ LY Quy Trung, op. cit., p. 6. Un rapprochement peut être effectué avec la qualification avancée par J.-M. LELOUP qui considère que la mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle dans une franchise de distribution est une « location de marque ». Cf. J.-M. LELOUP, *Droit et pratique de la franchise*, p. B17.

¹⁵⁷ NGUYEN Khanh Trung, op. cit., p. 105.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ K. MCCORMICK GNUVA, quant à lui, dans sa thèse sur *le déséquilibre inhérent à la relation de franchise : étude comparative du droit français et du droit américain*, (Nice-Sophia Antipolis, 1997) considère le franchiseur comme un « professeur » et les franchisés comme des « élèves ».

collectif. Puisque le franchiseur-père détermine une zone d'exclusivité à chacun des franchisés-enfants, ces derniers peuvent non seulement éviter une autoconcurrence¹⁶⁰, mais encore devenir plus forts vis-à-vis des concurrents. Si le père d'une famille doit assurer une bonne ambiance familiale, le franchiseur doit assurer une exploitation paisible de la marque par tous ses franchisés-enfants et leur dispenser une formation continue. Ces derniers, quant à eux, tout comme les enfants, cherchent à « embellir l'image de leur père » et doivent donc travailler à la valorisation de celle-ci.

Monsieur PHAM Duy Nghia fait la même constatation en soulignant que « la cohésion d'une relation conventionnelle basée sur la tradition familiale et sur les valeurs orientales fait que la réussite d'un réseau commercial dépend de la confiance collective ». Aussi, souligne-t-il qu'on « doit partager les difficultés avec son partenaire et le récompenser en contrepartie de son aide et assister la partie la plus faible sur la base du principe de réciprocité »¹⁶¹.

41. Double intérêt. La thèse consistant à envisager la « mise à disposition » comme un « apport en jouissance » et à la qualifier comme tel devrait être saluée, tant en France qu'au Vietnam, car son intérêt est double.

D'une part, elle impose au franchiseur d'apporter une marque qui représente une valeur réelle pour la réalisation de l'œuvre commune.

D'autre part, elle exige du franchisé l'exploitation de cette marque selon les modalités qui lui sont propres et à collaborer avec le franchiseur dans le but de la rendre plus notoire dans l'intérêt commun des deux parties. La collaboration ainsi voulue par les parties permet de valoriser le réseau, ce dont souffrent les qualifications classiques selon lesquelles la mise à disposition d'une marque est une simple obligation à la charge du franchiseur en contrepartie de droits d'entrée qu'il reçoit du franchisé.

42. En somme, dans le contexte de l'intérêt commun, la mise à disposition des signes distinctifs, notamment de la marque, doit être considérée comme un apport du franchiseur à la réalisation d'une œuvre commune. Le franchisé, quant à lui, en contrepartie de l'apport du franchiseur, apporte ses qualités professionnelles et fait les investissements nécessaires.

¹⁶⁰ qui signifie auto-destruction ?

¹⁶¹ PHAM Duy Nghia, *op. cit.*, p. 323 ; V. du même auteur, *Les influences positives du Confucianisme sur le Droit (Pháp luật và những điểm tích cực của Nho giáo)*, éd. Justice, 2004.

Il convient maintenant d'examiner en quoi consiste la qualité de cet apport du franchiseur.

§ 2. Une marque notoire ou une marque de renommée ?

43. Plan. Compte tenu du pouvoir attractif des marques dans une société de surproduction, on s'accorde à penser que la marque est un élément essentiel de la franchise et que sa notoriété constitue une preuve éclatante de la réussite du franchiseur. Malheureusement, on ne trouve aucune exigence relative à la notoriété de la marque dans le domaine de la franchise ni en droit français, ni en droit vietnamien. Cette absence est critiquée par la doctrine (A) et est, en partie, comblée par la jurisprudence en France (B).

A. L'exigence de notoriété en doctrine

44. Pour certains auteurs, la marque n'est qu'un des éléments de la franchise. Pour que le contrat soit valable, il suffit que la marque existe, peu importe sa notoriété. D'autres auteurs, soulignant la primauté de la marque aux autres éléments du contrat de franchise, considèrent au contraire que celle-ci doit être sinon notoire du moins connue du public.

1.- Les propositions doctrinales au Vietnam

45. Absence d'exigence légale. Si le droit positif vietnamien prévoit expressément que la marque doit exister, il reste toutefois silencieux sur la qualité de celle-ci. En effet, l'article 5-1 du décret n° 35 portant application de la loi commerciale prévoit que la marque, pour être franchisable, doit avoir été exploitée depuis au moins un an. La pratique montre que l'ancienneté du franchiseur et de sa marque, même si elle est plus longue qu'une année, n'est pas toujours synonyme de notoriété. Est-il dès lors possible d'en déduire que la marque ne doit pas nécessairement être notoire ?

46. Controverses doctrinales. La littérature juridique vietnamienne est divisée sur ce point. Pour certains auteurs¹⁶², la question de la notoriété de la marque ne doit pas se poser.

¹⁶² TRAN Ngoc Son, *La franchise au Vietnam, op. cit.*, ; PHAM The Vinh, art. préc. ; PHAM Thi Thu Ha, « Nhượng quyền thương mại và các doanh nghiệp Việt Nam » (La franchise et les entreprises vietnamiennes),

Une exigence légale dans ce sens serait trop contraignante et aurait pour conséquence de restreindre la liberté du commerce. Le contrat de franchise est valable pourvu qu'il permette au franchisé d'utiliser la marque, peu importe le degré de notoriété de celle-ci.

Cette analyse n'est toutefois pas partagée par d'autres auteurs qui considèrent la franchise comme un « contrat d'emprunt de nom commercial » ou encore « contrat de vente de prestige commercial ». Ainsi, M. LY Quy Trung¹⁶³ observe que c'est la marque, non le savoir-faire, qui constitue le bien le plus précieux du réseau de franchise. Celle-ci doit donc être notoire. Cette analyse rejoint celle des auteurs qui indiquent que la franchise est la réitération d'une réussite, la reproduction à l'identique, voire le « clonage »¹⁶⁴ d'un succès commercial. Qu'est-ce qui peut en effet manifester la réussite mieux que la notoriété de la marque franchisée ? M. LY estime en outre que la franchise est un contrat de vente de « *thương hiệu* » (« image de marque ») dans lequel le savoir-faire n'est qu'un élément constitutif de l'image.

47. Terminologie. Il est nécessaire de noter qu'au Vietnam, c'est l'expression « *thương hiệu* » (image ou notoriété de la marque ou encore « *trade-dress* ») et non « *nhãn hiệu* » (marque) qui est la plus utilisée¹⁶⁵. Il importe donc de discerner les significations respectives de ces deux concepts.

A l'origine, l'expression « *thương hiệu* » était utilisée pour désigner le nom commercial du vendeur, employé également comme enseigne du magasin dans lequel il commercialise le produit marqué¹⁶⁶. Elle a revêtu par la suite une nouvelle connotation qui traduit la notoriété

Colloque organisé en 2005 par le Ministère vietnamien du Commerce ; VU Dang Hai Yen, « Les parties au contrat de franchise » (Một số vấn đề về chủ thể của hợp đồng nhượng quyền thương mại), Rev. Etudes législatives, 2005. V. du même auteur, « La franchise au Vietnam – aspects théoriques et pratiques » (Nhượng quyền thương mại ở Việt Nam - Những vấn đề lý luận và thực tiễn), Rev. Etudes législatives, 2006 ; TRAN Tuan Phong et DANG Xuan Hop, « Rapport sur le projet de loi (partie relative à la franchise) », Ministère du Commerce, 2004 ; NGUYEN Ba Binh, « Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại theo quy định của pháp luật Việt Nam » (Le document d'information précontractuelle en droit vietnamien), Rev. Etudes législatives, n° 163, 2010 ; BUI Ngoc Cuong, « Hoàn thiện khung pháp lý về nhượng quyền thương mại » (Vers le perfectionnement de l'encadrement juridique en matière de franchise), Rev. Etudes législatives, n° 103, août 2010.

¹⁶³ LY Quy Trung, *op. cit.*, p. 6. Dans le même sens : NGUYEN Khanh Trung, *op. cit.*, p. 56 et *passim*.

¹⁶⁴ A. KONG, art. préc.

¹⁶⁵ En évoquant « l'image de la marque », la doctrine vietnamienne préfère se référer à la notion américaine de « *trade-dress* ». En droit américain, l'expression signifie : « L'entière apparence et l'image d'un produit comprenant des caractéristiques telles que la taille, la forme, la couleur et les combinaisons de couleurs, les illustrations et même la publicité spécifique et les techniques marketing mises en œuvre pour promouvoir sa vente ». (Définition du *Blacks Law Dictionary*, traduit et cité par H. MACCIONI in « L'image de marque : Émergence d'un concept juridique ? », art. préc.).

¹⁶⁶ Viện ngôn ngữ học Việt Nam (sous la direction de l'Institut linguistique du Vietnam), *Từ điển Tiếng Việt (Dictionnaire de la langue vietnamienne)*, éd. Thanh Niên, 2000.

d'un produit marqué¹⁶⁷. En droit, le concept a été reconnu pour la première fois par le Code de commerce¹⁶⁸ de 1972 du Vietnam du Sud qui n'en a toutefois donné aucune définition. S'il est vrai que le « nouveau régime » a voulu, au lendemain de la réunification du pays, faire table rase de tout ce qui est de « l'ancien régime »¹⁶⁹, ledit code a laissé des empreintes indélébiles sur le terrain doctrinal vietnamien. Le vocable a ainsi connu, avec la politique d'ouverture économique mise en place depuis 1986, une seconde jeunesse. Aujourd'hui, bien que le droit positif ne le reconnaisse toujours pas, le concept de « *thương hiệu* » (« prestige commercial » ou « *trade-dress* » en anglais) est toujours préféré au concept de « *nhãn hiệu* » (« marque »). En effet, tout produit peut avoir une marque, sans que celle-ci soit connue. De même, toute marque peut posséder une image (bonne ou mauvaise). Le « *prestige commercial* » en vietnamien, quant à lui, traduit la notoriété (donc une bonne image) de la marque apposée sur le produit.

48. En matière de franchise, selon M. NGUYEN Khanh Trung¹⁷⁰, toutes les marques ne sont pas valables, seules celles qui ont déjà un certain « prestige » aux yeux du public sont franchisables. Un autre auteur est allé plus loin dans ce sens. Selon lui, l'image de marque doit être considérée comme l'essence même du contrat de franchise, sans laquelle le contrat sera comme « une maison sans pilier »¹⁷¹. Toute la valeur de la franchise consiste alors dans la jouissance, par le franchisé, de la notoriété de la marque du franchiseur, lui créant un avantage concurrentiel.

¹⁶⁷ En ce sens : NGUYEN Nhu Quynh, « Bàn thêm về thuật ngữ « Nhãn hiệu hàng hóa » và « Thương hiệu » » (A propos de « la marque » et de « l'image de marque », Rev. Démocratie et Droit, 2008).

¹⁶⁸ L'article 42 dudit Code prévoit que « Le nom commercial, les autres bien incorporels tels que le brevet, le certificat de fabrique, le dessin, le modèle et les autres droits d'auteur peuvent être exploités dans le commerce ».

¹⁶⁹ Un arrêt de principe a été rendu en 1959 par la Cour populaire suprême mettant fin à l'application des « règles fédéralistes et impérialistes ». Cf. Cour suprême populaire, 10 juill. 1959, arrêt n° 772 /CT-TATC. Un auteur français a ainsi remarqué : « le Vietnam s'est délibérément écarté des systèmes occidentaux, tourné vers celui de l'Union des républiques socialistes soviétiques et des pays de l'Est, dont elle a adopté les conceptions politiques, les modes de régulation sur les modèles desquels elle a formé ses cadres. [...] Dans ce système où l'Etat est tout puissant et régit tout, la place du droit est très limitée ». Cf. P. BEZARD, « Bicentenaire du Code civil : le Vietnam », in « Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire », éd., Dalloz-Litec, 2004, p. 653. Ainsi, on ne lit plus ce mot pendant la période du lendemain de la guerre de 1975 à la veille de la politique du Renouveau de 1986. Une telle entrée était toujours absente du Dictionnaire de la langue vietnamienne de 1994 (éd. Khoa học xã hội).

¹⁷⁰ NGUYEN Khanh Trung, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷¹ NGOC Quang, « Franchise et la concession de marque » (Franchise : nhượng quyền thương hiệu), Lantabrand, 1^{er} janv. 2005. Dans le même sens, VU Dang Hai Yen, *op. cit.*, p. 153. L'auteur considère la franchise comme une simple licence de « *trade-dress* » dont l'image peut faire l'objet d'une protection légale.

49. La question devient plus délicate lorsque la franchise vise à atteindre une dimension internationale. En effet, la marque du franchiseur peut être notoire dans son pays tout en étant ignorée dans le pays du franchisé¹⁷². Or, aucune disposition du droit positif vietnamien n'impose au franchiseur étranger de faire connaître sa marque sur le marché vietnamien avant de l'exploiter sous forme de franchise.

Il semble que la notoriété de la marque doit être un des éléments de base de la franchise, quelle que soit la forme de celle-ci¹⁷³. Que ce soit dans une franchise nationale ou internationale, le franchisé est toujours à la recherche de l'avantage concurrentiel tiré de la notoriété de la marque. Il suffit d'examiner les plus grandes marques franchisées au Vietnam pour conclure que leur réputation constitue le premier élément dictant le choix des franchisés. Mais l'exigence pourrait être nuancée car la notoriété est appréciée en fonction du public concerné et non de l'ensemble des consommateurs. Le franchiseur international doit faire des efforts de publicité pour rendre cette marque, sinon notoire comme au pays d'origine, du moins connue du public concerné sur le marché local.

2.- Les propositions doctrinales en France

50. Si les auteurs sont unanimes en France à considérer que les signes distinctifs, au premier rang desquels figure la marque, doivent exister, la question de savoir si celle-ci doit être notoire reste controversée.

L'occasion s'est ainsi présentée au professeur le TOURNEAU, en commentant un arrêt de la Cour d'appel de Dijon¹⁷⁴, de considérer que la notoriété de la marque n'est pas en soi un élément constitutif de la franchise et qu'on ne saurait reprocher au franchiseur l'absence de célébrité de la marque lorsqu'elle est nouvelle ou récente¹⁷⁵.

Monsieur D. BASCHET¹⁷⁶, quant à lui, critique le fait que certaines juridictions ont commis l'erreur de considérer que la marque du franchiseur devrait être notoire. Il considère que « soutenir le contraire {notoriété de la marque} empêcherait la création de tout réseau », car selon lui, « lors du lancement d'un réseau de franchise, à moins que le franchiseur

¹⁷² Ainsi, aucun Français n'ignore *Phildar*, *Pronuptia*, alors que ces marques ne signifieraient rien pour les Vietnamiens. Dans un autre sens, pas un vietnamien ne connaît pas *OMO* ou *PHO 24*, alors que ces marques ne veulent sans doute rien dire pour les Français.

¹⁷³ M. ACKAD, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷⁴ CA Dijon, 10 oct. 1990, *Juris-Data* n° 048285.

¹⁷⁵ P. le TOURNEAU, J.-Cl. Contrats – Distribution, *Concession exclusive*, Fasc. 566 (1993).

¹⁷⁶ D. BASCHET, *op. cit.*, p. 96.

l'exploite déjà dans de nombreuses succursales, la notoriété de la marque est faible. C'est grâce au développement du réseau en franchise que la marque va devenir, sinon notoire, du moins connue »¹⁷⁷.

51. Ces positions ne sont pas soutenues par un autre courant doctrinal qui observe que la marque doit non seulement exister, mais encore avoir une certaine notoriété¹⁷⁸. Selon les auteurs appartenant à ce courant, la célébrité est une preuve éclatante de l'utilité économique de la marque. Cela signifie que la marque a eu un grand succès et a été appréciée par la clientèle¹⁷⁹. Dans une société caractérisée par une production de masse, la notoriété permet de canaliser la demande d'une clientèle, hésitante face à la multiplicité des offres, vers la marque du franchiseur et, par voie de conséquence, vers l'entreprise du franchisé identifiée à celle du franchiseur¹⁸⁰. Il est donc logique d'exiger la notoriété de la marque comme une condition de validité du contrat de franchise pour la conclusion duquel le franchisé doit payer d'importants frais d'investissements et droits d'entrée.

Devant la montée en force des marques mondiales, M. le TOURNEAU a changé sa position sur la notoriété de la marque en soulignant que le franchiseur a l'obligation de soutenir la notoriété de sa marque par des campagnes publicitaires. Selon lui, le franchiseur ne saurait autoriser le franchisé à faire usage de ses slogans que s'il avait réussi à leur donner une certaine notoriété¹⁸¹. L'auteur poursuit en énonçant qu' « en principe, une entreprise ne peut pas être qualifiée de franchiseur lorsque la marque ne bénéficie pas d'une certaine notoriété »¹⁸². C'est ainsi qu'il qualifie le contrat de franchise de « contrat de partage de renommée ».

¹⁷⁷ *Ibid.* L'auteur soutient par contre les arrêts (Paris, 29 mai 1991, JCP *E* oct. 1991, n° 817 ; Cass. com., 12 juill. 1993, Contrats, conc. cons., déc. 1993, n° 207, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 1^{er} févr. 1994, Contrats, conc. cons., déc. 1994, n° 93) qui statuent que dès lors que la marque du franchiseur est récente et peu connue, le franchiseur doit faire un effort accru sur le plan promotionnel et publicitaire pour faire connaître sa marque et pallier ainsi son absence de notoriété.

¹⁷⁸ Monsieur D. LEFRAN observe que « le franchisage se caractérise notamment par l'existence d'une notoriété de la marque ». Cf. *La renommée en droit privé*, préf. H.-J. LECAS, Defrenois, 2004 ; I. MEUNIER-COEUR, « Notoriété et renommée de la marque », *Propriété industrielle* 2006, étude 12 ; N. RAYNAUD DELAGE, « La notoriété », *D.* 2000, chron. p. 513 s. M. ACKAD, quant à lui, considère que « la notoriété est une caractéristique déterminante dans le contrat de franchise, même si elle ne suffit pas à elle seule à valider la relation » parce que celle-ci « procure à son titulaire un réel avantage concurrentiel et élève en même temps, pour les autres entreprises, une redoutable barrière à l'entrée sur le marché considéré. Et c'est exactement cet avantage concurrentiel que cherche l'adhérent à un réseau de franchise ». Cf. M. ACKAD, *op. cit.*, p. 62, 75 et s.

¹⁷⁹ P. ROUBIER, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, 1952, p. 566.

¹⁸⁰ M. ACKAD, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸¹ P. le TOURNEAU et M. ZOIA, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045 : *FRANCHISAGE. – Variétés du franchisage. – Indépendance et domination dans le franchisage. – Droit de la concurrence et franchisage*, 16 nov. 2007.

¹⁸² *Ibid.*

52. Ces propositions doctrinales rejoignent l'idée selon laquelle l'intérêt commun dans la franchise se traduit par le partage d'une marque, qui doit représenter une réelle valeur pour le franchisé, et non simplement par une contrepartie contractuelle qu'est le droit d'entrée. Si le franchisé s'oriente vers le franchiseur, c'est parce qu'il souhaite réitérer la réussite de celui-ci. Or, la réussite commerciale du franchiseur se manifeste et se prolonge dans la notoriété de la marque. Il convient donc de conclure, avec Monsieur FERRIER¹⁸³, que l'absence de notoriété justifierait la remise en cause du contrat.

L'évolution jurisprudentielle en France semble confirmer ce propos.

B. La notoriété exigée par la jurisprudence française

53. Jusqu'aux années quatre-vingt, la jurisprudence était toujours hésitante quant à l'exigence de la notoriété de la marque¹⁸⁴. On constate toutefois une évolution progressive dans la mesure où certains arrêts tendent à considérer que la marque doit être en mesure de procurer du profit au franchisé. En effet, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait prononcé la nullité d'un contrat de franchise en retenant que « faute de notoriété et d'un caractère distinctif approprié, la marque offerte par le franchiseur n'était pas de nature à procurer à M. X... le profit que son propre engagement impliquait »¹⁸⁵. De même, une cour d'appel¹⁸⁶, en estimant que la marque n'avait aucune notoriété lors de la conclusion du contrat, a annulé celui-ci pour absence de cause.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a retenu que faute de notoriété, la marque offerte par le franchiseur n'était pas une contrepartie aux obligations souscrites par le franchisé. Elle en a déduit que le contrat de franchise était privé de cause et devait être annulé. En l'espèce, la société Etienne Aigner (franchiseur) a concédé à la société Japyl (franchisé) la franchise de la commercialisation de l'ensemble des produits de luxe portant sa marque. Le

¹⁸³ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 2^{ème} éd. 2000, p. 285, n° 612.

¹⁸⁴ Ainsi, la Cour d'appel d'Agen a jugé que « la notoriété de la marque n'est pas, en soi, un élément constitutif de la franchise ». Cf. CA Agen, 4 juill. 1988. Dans le même sens : CA Montpellier, 7 févr. 1991 ; CA Paris, 29 mai 1991, cité par J.-P. CLÉMENT in « La franchise : 20 ans de jurisprudence, deux cents décisions commentées [1973-1993] », IREF, 1994.

¹⁸⁵ Cass. com., 9 oct. 1990, pourvoi n° 89-13384 ; JCP *E* 1990, I, 39, n° 5, obs. J. AZEMA ; RTD civ., 1991, p. 325, obs. J. MESTRE.

¹⁸⁶ CA Montpellier, 20 févr. 1992, IREF 1994. Dans le même sens : CA Paris, 16 avr. 1991, RJDA 1991, n° 704 ; CA Paris, 11 juin 1992, *D.* 1992, somm. p. 392, obs. D. FERRIER ; CA Dijon, 10 oct. 1990, Juris-Data n° 1990-048285 ; Cass. com., 12 juill. 1993, pourvoi n° 91-20540, Contrats, conc. cons., déc 1993, n° 207.

franchiseur s'était obligé à effectuer des présentations de ses collections et à aider le franchisé quant à la mise en œuvre des campagnes de promotion et de publicité. Le franchisé, quant à lui, devait faire d'importants investissements pour l'aménagement du local de vente selon les normes fixées par le franchiseur et pour le stock de produits dont il s'approvisionne auprès du franchiseur. Trois ans après la conclusion du contrat, le franchisé a assigné son franchiseur en nullité et résiliation du contrat ainsi qu'en paiement de dommages-intérêts. Les juges du fond lui ont donné satisfaction en annulant le contrat de franchise aux torts du franchiseur et en imposant à ce dernier de réparer le préjudice du franchisé. La Haute juridiction a approuvé les juges du fond au motif que « la marque n'était pas connue » et qu'en matière de commercialisation de produits de luxe, « la renommée d'une marque devait compenser l'importance des investissements mis à la charge du franchisé ». Elle a ajouté que « cette compensation nécessaire à l'équilibre du contrat la liant à son unique franchisé en France nécessitait de la part du franchiseur un effort particulièrement important de publicité et de promotion pour faire connaître sa marque et pallier ainsi l'absence de notoriété »¹⁸⁷.

Dans une espèce plus récente, la Cour de cassation¹⁸⁸ a jugé que la clientèle nationale du franchiseur était attachée à la notoriété de la marque. Cela implique *a contrario* que la qualité de franchiseur ne peut être reconnue à une entreprise dont la marque ne bénéficie pas d'une certaine notoriété¹⁸⁹.

54. En définitive, la marque doit être notoire pour pouvoir procurer au franchisé les avantages attendus. Cette évolution jurisprudentielle française est transposable au Vietnam où le rôle que la marque joue dans la franchise semble plus important que le savoir-faire. Cette notoriété est, au demeurant, à la fois la raison d'être et la manifestation de la réussite du franchiseur.

Il reste alors d'examiner les critères d'appréciation de cette notoriété.

¹⁸⁷ Cass. com., 12 juill. 1993, pourvoi n° 91-20540, inédit.

¹⁸⁸ Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III, 2002 n° 77, p. 66 ; JCP 2002, II, 10112, p. 1312, obs. F. AUQUE ; Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 29, obs. J.-L. RESPAUD ; Contrats, conc. cons., 2002, note M. MALAURIE-VIGNAL ; D. 2002, p. 1487, obs. E. CHEVRIER et p. 3006, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2002, p. 457, obs. B. SAINTOURENS ; J.-P. BLATTER, « Franchise et propriété commerciale », AJDI 2002, p. 376 ; Y. MAROT, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », LPA, 4 févr. 2003 n° 25, p. 3.

¹⁸⁹ P. DELEBECQUE, « La jurisprudence reconnaît au franchisé le bénéfice de la législation sur le fonds de commerce », Rev. Lamy dr. aff. sept. 2002, p. 12.

§ 3. Critères d'appréciation de la notoriété de la marque

55. Plan. Si le législateur vietnamien prévoit huit critères d'appréciation de la notoriété de la marque (A), la détermination de celle-ci relève du pouvoir souverain du juge français (B).

A. Critères légaux d'appréciation de la notoriété de la marque en droit vietnamien

1. – La définition de la marque notoire

56. Textes. Dès son adhésion en 1994 à la Convention de Paris de 1883¹⁹⁰, le Vietnam s'est efforcé d'harmoniser son arsenal juridique avec les dispositions de ce texte, notamment son article 6. C'est ainsi que l'arrêté n° 63/CP portant application des dispositions du Code civil de 1995 relatives à la propriété intellectuelle fut adopté le 24 octobre 1996. Ledit arrêté n'avait malheureusement ni défini, ni précisé le critère d'appréciation de notoriété de la marque. Il disposait tout simplement, dans son article 6-e, que l'autorité compétente doit « refuser toute demande de protection des marques qui ont des signes identiques ou similaires pouvant provoquer une confusion avec une autre marque notoire ». Il s'agit là d'une simple transposition de l'article 6 de la Convention de Paris dans la législation nationale. L'appréciation de la notoriété relevait donc du pouvoir souverain de l'autorité administrative.

L'arrêté n° 63/CP fut abrogé par un autre arrêté gouvernemental n° 6/2001/ND-CP. L'article 2-8b de ce dernier texte a défini la marque notoire comme « une marque qui est utilisée de façon permanente pour les produits ou services qui ont un prestige tellement grand qu'elle est généralement connue ». L'arrêté n'a pas précisé le critère d'appréciation de la notoriété. Cette mission était confiée au juge.

Dans le cadre du processus d'harmonisation de l'arsenal juridique national avec les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce, le législateur vietnamien est intervenu pour donner une nouvelle définition de la marque notoire tout en établissant les critères d'appréciation

¹⁹⁰ L'article 6 bis de la Convention impose aux pays membres de préciser les mesures de protection des marques notoires. La Convention ne définit toutefois pas la notoriété de la marque. Le Vietnam est également membre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (depuis le 2 juin 1976), de l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (depuis le 8 mars 1949), du Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (depuis le 11 juillet 2006), du Traité de coopération sur les brevets (depuis le 10 mars 1993). La ratification de l'Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques est en cours.

d'une telle marque. Désormais, une marque notoire s'entend d'« une marque qui est généralement connue sur le territoire du Vietnam »¹⁹¹. Une fois reconnue notoire, la marque bénéficie d'une protection automatique¹⁹² sans qu'aucun enregistrement auprès de l'Institut de la propriété intellectuelle par son détenteur ne soit nécessaire.

2. – Des critères d'appréciation peu conformes à la définition

57. Critères légaux. L'article 75 de la loi vietnamienne sur la propriété intellectuelle prévoit huit critères d'appréciation. Il s'agit des critères suivants : « 1. Le nombre de consommateurs concernés qui ont connu la marque par la vente, l'achat, l'utilisation des produits ou services auxquels la marque s'applique, ou par la publicité de la marque ; 2. L'étendue territoriale où les produits ou services auxquels la marque s'applique sont autorisés à circuler ; 3. Les chiffres d'affaires réalisées de la vente de produits ou de la prestation de services auxquels la marque s'applique, ou la quantité de ventes ou de prestations de ces produits ou services ; 4. La durée de toute utilisation constante de la marque ; 5. La réputation des produits ou services auxquels la marque s'applique ; 6. Le nombre des pays où la marque est protégée ; 7. Le nombre des pays où la marque est reconnue comme notoire ; 8. Le prix de cession, prix de concession de licence pour utiliser la marque et la valeur de la marque en tant qu'apport en société ».

58. Contradiction. S'il est vrai que les trois premiers critères sont souvent ceux auxquels le juge français¹⁹³ se réfère pour identifier la notoriété d'une marque, il n'en va pas de même pour les autres, dont certains semblent contraires à la définition donnée à la notoriété.

Ainsi, les sixième et septième critères exigent que la marque soit protégée et reconnue comme notoire dans un certain nombre de pays, alors que par définition, elle n'a qu'à être connue « sur le territoire du Vietnam ». La définition elle-même reste peu claire. Aussi, si la territorialité est bien définie, il n'en va pas de même du public concerné. La marque doit être

¹⁹¹ Art. 4-20 de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005.

¹⁹² L'Institut de la propriété intellectuelle du Vietnam a refusé en 1992 la demande déposée par une société australienne de reconnaître sur le territoire vietnamien la marque « *McDonald's* » apposée sur des produits agro-alimentaires, parce que celle-ci est notoire. De même, en 1993, le même Institut a déclaré nul le certificat de reconnaissance de la marque « *Pizza Hut* » qu'il avait délivré à une société australienne, *Ophix Group*, parce que le vrai propriétaire de cette marque, la société américaine LLC, a pu justifier que sa marque était notoire.

¹⁹³ *Infra*, n° 62 et s.

connue, certes, mais de qui ? Est-ce les consommateurs finaux ou les professionnels ? Rien n'est moins sûr.

L'incertitude est d'autant plus grande que la loi ne précise pas si la marque doit satisfaire aux huit critères ou moins. L'appréciation relève donc du pouvoir du juge (pour les actes de contrefaçon) et de l'Institut de la propriété intellectuelle (pour les demandes d'enregistrement ou d'invalidation d'un enregistrement déjà effectué).

59. Inadaptation à la franchise. Il convient de noter également que certains critères légaux d'appréciation¹⁹⁴ sont peu adaptés à la franchise, car il s'agit d'indices quantitatifs et figés. En pratique, qui dit notoriété, dit image. Qui dit image dit fluidité. La notoriété d'une marque peut varier d'un jour à l'autre, suite à un scandale concernant certains produits du franchiseur, ou au non-respect des normes par un franchisé indolent. La réitération d'une réussite exige que le franchisé puisse bénéficier de la notoriété de la marque pendant toute la durée de la franchise. Or le juge doit l'apprécier au moment de la formation du contrat et non au moment de la naissance du litige.

Il semble ainsi qu'une marque franchisée pourrait être qualifiée de notoire dès lors qu'elle est connue d'une large fraction des consommateurs visés par cette marque¹⁹⁵. Les autres critères ne font que conforter le degré de notoriété. L'appréciation de cette notoriété doit se faire au cas par cas.

B. L'absence de critère légal en droit français

60. Incertitude. En droit français, la notion de notoriété de la marque, comme d'ailleurs celle de mise à disposition analysée plus haut, « se sent plus qu'elle se définit »¹⁹⁶. Le droit

¹⁹⁴ Il s'agit des critères n^{os} 3, 6, 7 et 8.

¹⁹⁵ L'exigence que la marque doit être connue des consommateurs en général semble peu adaptée au contexte vietnamien. Pour vérifier ce propos, un sondage effectué pour les besoins de cette recherche a montré qu'à la question : « Qu'entendez-vous par *McDonald's* ? » les réponses ont été très variables. Si, presque tous les jeunes vivants en ville ont pu donner une réponse exacte, il n'en a pas été de même pour les personnes âgées, même en ville, surtout celles vivant dans les quartiers difficiles. Il en est beaucoup moins pour les personnes vivant en milieu rural, jeunes et âgées confondues. En effet, seulement 15% des personnes de cette catégorie savent que c'est une marque américaine de *fast-food*. Dès lors si on exigeait que la marque notoire soit connue d'une large fraction de consommateurs en général, *McDonald's* n'en serait pas une.

¹⁹⁶ A. LEVI, A. SAYAG, P. GARBIT, J. AZEMA, et J.-F. MARTIN, *Lamy droit commercial*, 1998, n^o 2066, p. 926.

positif¹⁹⁷ ne donnant aucun critère d'identification, son appréciation se prête à des discussions¹⁹⁸. L'incertitude qui l'entoure s'est accentuée avec la loi du 4 janvier 1991. Cette dernière, en voulant s'aligner avec la directive communautaire n° 89-104 du 21 décembre 1988¹⁹⁹, a adopté, en sus de la notion de la marque « notoire », celle de la marque « jouissant d'une renommée »²⁰⁰, alors que ni l'une ni l'autre ne bénéficie d'une définition clairement établie.

61. Confusion terminologique. C'est ainsi que certains auteurs confondent la notoriété à la célébrité, à la réputation ou encore à la renommée²⁰¹, tandis que d'autres distinguent les marques notoire et renommée selon qu'elles sont enregistrées ou non. Ainsi, selon M. MERALLI²⁰², la marque notoire se distingue de celle de renommée au point que la seconde doit avoir été enregistrée, alors que la première est protégée automatiquement, l'acte d'enregistrement ne faisant que conforter ses droits. Les autres critères sont identiques. Ces

¹⁹⁷ Le qualificatif de « notoriété » attribuée à la marque, qui constitue une dérogation au principe de territorialité, a été reconnu pour la première fois dans la Convention de Paris de 1883. La conception de la marque notoire a ensuite été transposée en droit français par la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964, abrogée et remplacée par la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 et inscrite depuis aux articles L. 711-4, et L. 714-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui reconnaissent l'existence de telles marques et leurs régimes particuliers. Cependant, ni la Convention de Paris, ni les textes du droit français, ne donnent de définition de la « marque notoire ». Cf. M. ACKAD, *op. cit.*, p. 65 et s.

¹⁹⁸ La doctrine reconnaît « la complexité de la question » qui est illustrée par les nombreuses tentatives de définitions et les interminables discussions tenues lors des réunions de plusieurs institutions internationales. Cf. D. BRANDT, th. préc. p. 71.

¹⁹⁹ JOCE, 11 févr. 1989, n° L. 40. Cette directive cherche à rapprocher les législations nationales des Etats membres sur les marques. Les législateurs nationaux devaient s'y conformer au plus tard le 28 décembre 1991, ce que la France a fait par la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, dont le contenu est aujourd'hui repris dans les articles L. 711-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

²⁰⁰ La Directive du 21 déc. 1988 ainsi que le Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 déc. 1993, sur la marque communautaire, ont institué, à travers la notion de renommée, une protection de la marque, sous certaines conditions, s'étendant au-delà du champ de l'identité ou de la similarité des produits ou services (ce qui est la limite de la protection au sens de l'Art. 6 bis de la Convention de Paris), avec ceux pour lesquels la marque antérieure est enregistrée. Ainsi, l'Art. 4, alinéa 3 de la Directive mentionne qu'une : « marque est refusée à l'enregistrement ou, si elle est enregistrée, est susceptible d'être déclarée nulle si elle est identique ou similaire à une marque communautaire antérieure au sens du paragraphe 2 et si elle est destinée à être enregistrée ou a été enregistrée pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque communautaire antérieure est enregistrée, lorsque la marque communautaire antérieure jouit d'une renommée dans la Communauté et que l'usage de la marque postérieure sans juste motif tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque communautaire antérieure ou qu'il leur porterait préjudice ».

²⁰¹ Aussi, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J-L. PIERRE ont utilisé « marque notoire » à la place de « marque de renommée » en écrivant qu' « une marque est notoire ou de haute renommée ou mondiale lorsqu'elle est largement connue du grand public... ». Cf. J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 1996, n° 459, p. 206.

²⁰² R. MERALLI, « Mises à jour des notions de marques notoires et de renommée », LPA, 12 oct. 2006 n° 204, p. 5. Dans le même sens : M. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 574. Ce courant doctrinal est confirmé par la plus haute juridiction lorsqu'elle retient que « la notoriété acquise par ce nom, depuis le XVIe siècle permettait à La Tour d'argent d'en être titulaire depuis cette période, le dépôt de marque n'ayant pour objet que de conforter ses droits ». Cf. Cass. com, 21 mars 2000, Bull. 2000. IV, n° 68, p. 57 ; JCP E 2000, p. 582 ; Rev. Lamy, Dr. Aff. 2000, n° 29, p. 14, n° 1813, obs. HABERER.

auteurs restent partagés sur l'ampleur de la réputation. Ainsi, pour M. ACKAD, la marque renommée est à un niveau supérieur à la marque notoire²⁰³, alors que selon R. MERALLI²⁰⁴, le contraire doit l'emporter car il lui semble logique qu'une marque qui n'a pas été enregistrée doive apporter des gages supplémentaires de sa réputation pour pouvoir bénéficier des avantages d'une marque de renommée enregistrée.

La doctrine s'accorde néanmoins à considérer que la notoriété s'identifie par la connaissance d'une large fraction du public et non pas uniquement par les spécialistes. Aussi, pour qu'il y ait marque notoire, il est nécessaire que le public, à l'énoncé de la marque ait le réflexe quasi automatique de penser au produit ou au service qu'elle représente²⁰⁵. La connaissance qu'a le public de la marque constitue, selon M. BERTRAND, « le seul critère objectif qu'il convient de retenir pour apprécier le caractère notoire d'une marque est sa connaissance par le public »²⁰⁶. Cette connaissance « ne découle ni nécessairement, ni automatiquement de son ancienneté, puisqu'une marque célèbre peut avec le temps perdre sa notoriété et tomber pour ainsi dire en désuétude alors que pour diverses raisons une marque peut devenir mondialement connue et donc notoire en quelques heures ; ni des investissements de son titulaire car sa notoriété peut avoir d'autres origines que la publicité »²⁰⁷.

1. – Les critères d'appréciation de la notoriété

²⁰³ M. ACKAD, *op. cit.*, p. 67. Se prononçant dans le même sens, Mme RANDRIANIRINA considère que la marque renommée est une marque qui est déposée et qui connaît une réputation au-delà de la spécialité des produits ou services, tandis que la marque notoire est une marque qui est non déposée mais qui connaît d'une large fraction du public dans le pays où elle n'est pas déposée. Par conséquent, la marque renommée est protégée contre la contrefaçon mais pas la marque notoire qui n'est protégée que par l'action en concurrence déloyale. Cf. I. RANDRIANIRINA, *Le droit exclusif de la marque*, th. en cours, Poitiers.

²⁰⁴ R. MERALLI, art. préc. Cette position est confirmée par la CJCE qui décide que la marque renommée ne « doit pas être aussi connue » qu'une marque notoirement connue. CJCE, 14 sept. 1999, General Motors Corporation c / Yplon SA, aff. C-375/97, Rec. CJCE, I, p. 5435; Rev. Lamy, Dr. Aff. 1998, n° 1380, obs. HABERER.

²⁰⁵ A. CHAVANE et J.-J. BURST, *op. cit.*, n° 1026, p. 586.

²⁰⁶ A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 367. C'est pourquoi certains estiment « qu'il n'existe pas, à proprement parler, de critères de la notoriété, mais plutôt des indices dont l'accumulation incitera le juge à qualifier la marque de notoire ». Cf. A. LEVI, A. SAYAG, P. GARBIT, J. AZEMA, et J.-F. MARTIN, *Lamy droit commercial*, 1998, n° 2066, p. 926. Parmi ces indices, on constate que la méthode de sondage est la plus fréquemment utilisée. V. sur cette technique, l'analyse faite par le professeur VIDA, *La preuve par sondage en matière de signes distinctifs : étude comparative des droits allemand, américain et français*, Litec 1992, préf. J.-J. BURST. V. également G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, Paris 16^{ème} éd., p. 412.

²⁰⁷ A. BERTRAND, *Ibid.*

62. Pluralité. Pour apprécier la notoriété de la marque, le juge prend différents indices en considération. Ainsi, dans un arrêt rendu le 18 mai 2001²⁰⁸, la Cour d'appel de Paris a précisé que l'appréciation de la notoriété se basait sur l'addition de plusieurs critères, dont notamment la part du marché occupée, l'intensité d'exploitation de la marque, son étendue géographique, la durée de son usage et l'importance des investissements auxquels elle donne lieu. La méthode de sondage est parfois utilisée par les juges français comme moyen d'appréciation²⁰⁹. L'affaire Hôtel NEGRESKO/NESTLE²¹⁰ en est un exemple.

En l'espèce l'hôtel NEGRESKO contestait le dépôt de la marque NEGRESKO qu'il le considérait notoire. La Cour s'est appuyée, entre autres autres arguments, sur des sondages. Ceux-ci montraient que si certaines personnes considéraient que le nom de NEGRESKO évoquait l'Hôtel de ce nom, plus nombreuses ont été celles qui ont déclaré que ce nom évoquait les idées de noir nègre marron et foncé, tandis que d'autres ont fait état de l'évocation des Antilles des Tropiques, du Brésil et de l'Afrique. Ces mêmes sondages révélaient également que le nom de NEGRESKO a été estimé le plus adéquat pour désigner des chocolats noirs.

2. – Les critères d'appréciation de la renommée

63. Connaissance du public. Quant à l'appréciation de la renommée, toujours selon la Cour d'appel de Paris, le premier indice que l'on doit prendre en compte c'est la proportion du public qui reconnaît cette marque. Aussi, dans une espèce qui a donné lieu à un arrêt du 17 janvier 1996, la Cour a jugé que « ... la marque de renommée au sens de l'art. L. 713-5 doit se définir comme une marque connue d'une très large fraction du public et qui exerce un pouvoir d'attraction propre, indépendant des produits ou services qu'elle désigne »²¹¹. Mais pour la Cour de justice des communautés européennes²¹², l'appréciation de la renommée doit se baser sur l'impression que donne la marque au « public concerné par les produits et services ».

²⁰⁸ CA Paris, 4^{ème} ch. 18 mai 2001, Chaumet International, Propr. Intell. 2002, n° 3, p. 94, obs. BUFFET-DELMAS ; PIBD 2001. 730. III. 576.

²⁰⁹ CA Paris, 6 mars 1986, PIBD 1986, III, p. 294 ; CA Paris, 15 mai 1985, 4^{ème} ch. sect. A, confirmée par Cass. com., 28 avr. 1987, arrêt n° 388, pourvoi n° 85-13864. Il convient de noter toutefois qu'en plus de la difficulté d'estimer précisément le pourcentage, les sondages n'étant pas toujours fiables, le juge doit déterminer quel doit être ce public. S'agit-il du public destinataire du produit/service ou bien de l'ensemble du public ?

²¹⁰ Cass. com., 28 avr. 1987, pourvoi n° 85-13864.

²¹¹ CA Paris, 17 janv. 1996, PIBD 1996, 607, III 156.

²¹² CJCE, 14 sept. 1999, General Motors Corporation c / Yplon SA, aff. C-375/97, I, p. 5435 ; Rev. Lamy, Dr. Aff. 1998, n° 22, obs. HABERER.

64. En définitive, la marque étant un élément essentiel de la franchise, le contrat de franchise ne peut être formé si celle-ci fait défaut, que ce soit en France ou au Vietnam. La jurisprudence française est encore allée plus loin. Elle décide que, non seulement la marque doit exister, mais il faut encore qu'elle soit en mesure de procurer un avantage réel au franchisé. La notoriété, si elle est faible au moment de la formation du contrat de franchise, doit être rehaussée pendant l'exécution de celui-ci grâce à l'initiative du franchiseur et aux investissements du franchisé. Cette exigence jurisprudentielle française montre que la collaboration entre franchiseur et franchisé n'est qu'une suite logique de l'intérêt commun. Une telle exigence est malheureusement absente en droit positif vietnamien. Ce silence s'est prêté à des discussions doctrinales importantes. Il semble toutefois que la marque doit être notoire, compte tenu de son rôle primordial dans la franchise : elle est à la fois la preuve et le gage de la réussite que les parties entendent réitérer. Une telle exigence constitue un moyen de prévention contre la légèreté de certains franchiseurs qui cherchent à profiter des moyens financiers et humains des franchisés pour élargir leur réseau tout en ne voulant pas investir dans l'œuvre commune. Lorsqu'il est saisi, le juge peut apprécier la notoriété de la marque en fonction de sa connaissance du public sur le territoire vietnamien. Ce public doit être celui concerné par le produit marqué et non le public en général ou tout le monde.

Section 2 : La protection et la valorisation de la marque

65. Plan. Etant un élément essentiel de la franchise, la marque doit être protégée tant par le franchiseur que par le franchisé (§ 1). Cette protection n'est toutefois pas suffisante à elle seule. Encore faut-il que le franchiseur et le franchisé travaillent à la valorisation de la marque mise au service de l'intérêt commun (§ 2).

§ 1. La protection de la marque

66. Plan. Si un commerçant accepte de payer les droits d'entrée qui sont souvent chers et de faire des investissements importants pour la signature d'un contrat de franchise, c'est parce qu'il souhaite exploiter une clientèle qui est attachée à la marque du franchiseur. L'utilisation

paisible de la marque par le franchisé constitue donc une condition minimale nécessaire (A). Celui-ci, quant à lui, doit utiliser la marque selon les modalités propres fixées par le franchiseur (B).

A. La protection de la marque par le franchiseur

67. Apportant sa marque au service de l'intérêt commun, le franchiseur doit assurer une utilisation paisible de la marque par le franchisé (1) et veiller à ce que la marque ne soit pas usurpée par un tiers au réseau de franchise (2).

1. – La protection de la marque au profit du franchisé

68. La jouissance paisible par le franchisé de la marque du franchiseur est obligatoire tant en France (a) qu'au Vietnam (a).

a) En droit vietnamien

69. Titularité. Puisque le contrat de franchise vise l'exploitation par le franchisé d'une clientèle attachée à la marque du franchiseur, il est nécessaire que ce dernier soit titulaire de la marque pendant toute la durée du contrat de franchise, ou, tout au moins qu'il soit licencié exclusif pour les territoires où se développe la franchise pour une durée égale à celle du contrat de franchise²¹³. Comme la validité du certificat d'enregistrement de marque n'est pas illimitée dans le temps²¹⁴, le franchiseur doit veiller à son renouvellement auprès de l'Institut de la propriété intellectuelle.

Mais une simple mise à disposition ne suffit pas. Encore faut-il que la jouissance soit paisible pendant toute la durée du contrat. Le franchiseur doit protéger sa marque contre son utilisation par les anciens franchisés après l'expiration des contrats le liant à ces derniers, par l'application de l'article 289 de la loi commerciale. On imagine mal qu'un franchiseur, après

²¹³ L'article 148-3 de la loi sur la propriété intellectuelle prévoit que « *Le contrat de licence de droit de propriété industrielle sera expressément caduc dès lors que le droit de propriété industrielle du concédant est expiré* ». Or la validité du contrat de franchise est subordonnée à celle du contrat de licence de droit de propriété industrielle.

²¹⁴ L'article 93-6 de ladite loi énonce que « Les certificats d'enregistrement de marque prennent effet à compter de la date de leur délivrance jusqu'à dix ans après la date de dépôt, et ils seront renouvelables indéfiniment pour chaque période de dix ans ».

avoir conclu des contrats avec des franchisés et reçu des droits d'entrées souvent importants, ne veuille plus réinvestir dans la protection de sa marque. Malheureusement aucun texte n'impose au franchiseur d'entretenir et développer l'image de sa marque.

b) En droit français

70. Escroquerie. De même, en France, le franchiseur doit être titulaire de la marque. Dans le cas contraire, le franchiseur risque une condamnation pour escroquerie. La Cour d'appel d'Agen a ainsi condamné un franchiseur à 14 mois d'emprisonnement avec sursis au motif que « la notoriété du système s'appuyait en apparence sur la marque *Pleud'or*, dont la société Champi 47 n'a jamais été propriétaire ou possesseur de droits »²¹⁵.

71. Changement de marque. Outre l'obligation d'entretenir et de développer la marque, le franchiseur ne peut, tel que souligné par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 janvier 1996, changer la marque, ni la délaissier au profit d'une autre. En l'espèce, la société *Free Time* (franchiseur) et la société Castel Grill (franchisé) avaient signé un contrat de franchise pour l'exploitation d'un restaurant portant l'enseigne *Free Time*. Or, la société Quick, qui avait pris par la suite le contrôle du franchiseur, avait décidé unilatéralement de modifier la politique de ce dernier à l'égard de la marque *Free Time*. Le franchisé a alors assigné le franchiseur en réparation de son préjudice lui reprochant d'avoir délaissé la marque *Free Time*, de ne pas avoir respecté ses obligations publi-promotionnelles et d'avoir ouvert un restaurant Quick à proximité de son fonds de commerce. La Cour d'appel de Paris a statué en faveur du franchiseur au motif que celui-ci avait certes modifié unilatéralement la politique à l'égard de la marque *Free Time*, mais qu'il ne percevait plus de redevance au titre de la publicité et que l'abaissement de la redevance a compensé celui de la marge brute. Les juges parisiens ont ainsi considéré la mise à disposition de la marque par le franchiseur comme une simple contrepartie du versement des redevances de publicité. A leurs yeux, le franchiseur pouvait donc se donner le droit de se libérer de l'obligation d'entretenir la marque en ne percevant plus les redevances de publicité. Cet argument réductionniste ne pouvait qu'entraîner la censure de la Cour de cassation. Celle-ci a ainsi décidé qu'« en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants pour démontrer que le franchiseur n'avait pas commis une

²¹⁵ CA Agen, ch. corr. 12 juill. 1995, confirmée par Cass. crim., 14 mars 1996, pourvoi n° 95-84561, deuxième moyen.

faute susceptible de porter atteinte à la marque dont le franchisé se servait pour l'exploitation de son fonds de commerce, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »²¹⁶.

Cette décision témoigne encore une fois de l'existence de l'intérêt commun dans la franchise qui a pour corollaire nécessaire que les cocontractants collaborent constamment pour la réalisation de l'objectif poursuivi. L'abandon de la marque doit être sanctionné parce qu'il nuit à l'intérêt du franchisé. Celui-ci, en signant le contrat de franchise, vise à exploiter la clientèle attachée à la marque du franchiseur. Il peut légitimement, en contrepartie de ses investissements financiers et humains, attendre à ce que la marque soit maintenue et valorisée pendant toute la durée du contrat de franchise.

2.- La protection de la marque à l'égard des tiers

72. Que ce soit en France ou au Vietnam le titulaire de la marque bénéficie des protections instaurées par le droit de propriété intellectuelle de chaque pays contre les usurpations. La jurisprudence française est allée plus loin en imposant au franchiseur l'obligation de faire cesser l'utilisation abusive de la marque par un tiers au réseau.

a) En droit vietnamien

73. Le franchiseur a le devoir d'assurer à son franchisé l'utilisation de sa marque pendant toute la durée de la franchise. Il doit mettre fin à toute usurpation, qui serait commise par un tiers, des signes dont l'usage est conféré au franchisé. Le franchiseur est d'ailleurs le seul à pouvoir intenter une action en contrefaçon, *lato sensu*, contre les auteurs d'atteinte à sa marque. Ce principe, explicitement prévu à l'article 125 de la loi sur la propriété intellectuelle, s'explique par le fait que l'utilisation illicite de la marque constitue une atteinte aux droits de son titulaire. Dès lors, seul ce dernier²¹⁷ peut agir pour les faire respecter. Une fois une usurpation illicite de la marque franchisée découverte, le franchiseur peut invoquer l'article 171 du nouveau Code pénal de 2009 qui prévoit que l'usurpateur illicite d'une marque est puni d'une peine d'amende dont le montant peut varier de cinquante millions à

²¹⁶ Cass. com., 3 janv. 1996, pourvoi n° 94-12314 ; RTD com. 1997, 248, obs. AZÉMA ; Ann. prop. ind. 1996, note MATHELY ; JCP E 1996 II. 865, note REBOUL et STORCK.

²¹⁷ Rappelons que l'apport en jouissance accorde au franchisé le droit de jouir de la marque et non le droit de se l'approprier.

cinq cent millions de dongs selon la gravité du délit²¹⁸, ou deux ans de prison avec sursis. En cas de récidive, le montant de l'amende est de quatre cent millions de dongs à un milliard de dongs ou de 6 mois à trois ans de prison ferme²¹⁹.

b) En droit français

74. Vigilance. En tant que garant de l'utilisation paisible par le franchisé de la marque dont il est titulaire, le franchiseur ne peut s'acquitter de son obligation que s'il a fait preuve de vigilance et a tout fait pour empêcher l'usurpation. Ce principe a été rappelé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 avril 2006²²⁰. Celle-ci a considéré que le manquement contractuel du franchiseur pouvait résulter, tant de la violation « active » de la clause d'exclusivité de marque que de sa violation « passive » découlant de l'incapacité du franchiseur à protéger l'exclusivité consentie au franchisé. En l'espèce, un tiers utilisait abusivement, dans le territoire concédé au franchisé, certains biens objets de l'exclusivité conférée à ce dernier en vertu du contrat de franchise. Le franchisé a alors reproché au franchiseur de ne pas avoir défendu les droits exclusifs qu'il lui avait consentis. Cependant, la Cour d'appel n'a pas condamné le franchiseur en constatant que celui-ci a mené des démarches afin de faire cesser le trouble. En effet, le franchiseur a versé aux débats plusieurs décisions de justice et procès-verbaux démontrant l'effectivité des actions contentieuses engagées par ses soins afin de remédier aux agissements parasitaires des entreprises non franchisées. Il résulte donc de cet arrêt qu'ayant consenti au franchisé une exclusivité de marque, le franchiseur doit prendre toutes les mesures destinées à faire cesser l'utilisation abusive de celle-ci par un tiers dans le territoire concédé.

75. Les outils juridiques auxquels le franchiseur peut avoir recours pour protéger sa marque sont les dispositions du Code de propriété intellectuelle. Si sa marque est enregistrée par un tiers, il peut, sur le fondement de l'article L. 712-3 dudit Code, formuler des observations auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, pendant le délai de deux mois suivant la publication de la demande d'enregistrement, pour s'y opposer. Il peut aussi faire opposition à la demande d'enregistrement sur le fondement de l'article L. 712-4 dudit

²¹⁸ Alinéa 1 dudit article.

²¹⁹ Alinéa 2-b dudit article.

²²⁰ CA Paris, 5 avr. 2006, Juris-Data n° 298242.

code. En cas de découverte d'une usurpation par des tiers, le franchiseur peut engager une procédure en contrefaçon tel que prévu par les articles L. 713 et suivants du même code.

76. Bref, dans chaque pays, le droit positif met à la distribution du franchiseur titulaire de la marque des moyens lui permettant de protéger sa marque en tant qu'élément matériel. La jurisprudence française en matière de franchise précise que la tête du réseau est tenue d'une obligation active de faire cesser le trouble. En cas de passivité, le franchiseur se verrait sa responsabilité engagée. Cette conception prétorienne française L'obligation incombant au franchiseur de protéger sa marque au profit de tous les réseaux mériterait d'être transposée au droit vietnamien qui ne fournit jusque là aucun moyen au franchisé pour agir contre la passivité du franchiseur.

77. Il convient de noter toutefois que ce n'est pas de la marque en tant qu'élément matériel, mais plutôt de son image que le franchisé souhaite bénéficier dans la perspective d'exploiter une clientèle qui est attachée à celle-ci. Or, l'atteinte à l'image de marque peut conduire à des pertes importantes de ventes ou de parts de marché en défaveur de tous les franchisés du réseau. Aussi, le franchiseur doit pouvoir bénéficier des moyens nécessaires pour interdire à chacun des membres du réseau l'adoption de comportements de nature à nuire à l'image de marque, un bien commun du réseau. Le législateur vietnamien est muet sur ce point. Le recours aux techniques contractuelles s'avère nécessaire. Il est intéressant de noter que la jurisprudence française, quant à elle, met à la charge du franchiseur le soin de préserver l'image de marque en vue d'assurer l'intérêt commun du réseau.

B. La protection de la marque par le franchisé

78. Puisque l'apport d'une marque notoire par le franchiseur vise à réaliser une œuvre commune, il est logique que le franchisé respecte l'image de la marque tout en l'exploitant selon les modalités propres et informer le franchiseur de toute atteinte de la marque par un tiers.

1. – La protection de la marque par le franchisé en droit vietnamien

79. Nonobstant l'importance de la collaboration entre franchiseur et franchisé dans l'exploitation de la clientèle attachée à l'image de marque, l'obligation incombant au franchisé de protéger la marque apportée par le franchiseur au service de l'intérêt commun ne figure pas dans la loi commerciale de 2005 (a). Une telle exigence est pourtant envisageable si on se réfère aux principes généraux établis par le droit commun des obligations (b).

a) Absence de protection spécifique

80. **Autonomie contractuelle.** Si la loi commerciale impose au franchiseur de protéger sa marque apportée au service de la réalisation d'une œuvre commune, elle ne prévoit aucune obligation à la charge du franchisé de garder l'image de celle-ci, ce qui est pourtant nécessaire. Il appartient donc au franchiseur, titulaire de la marque, de prendre les précautions contractuelles nécessaires pour se prémunir des comportements déloyaux. Dans la pratique, il arrive souvent que le franchiseur exige l'insertion dans le contrat de clause mettant à la charge du franchisé l'obligation de respecter l'image de la marque et de signaler les imitations et les contrefaçons dont elle est l'objet.

81. **Limitation de la perte.** L'article 305 de la loi commerciale de 2005 impose à la partie qui demande des dommages-intérêts de « prendre les mesures raisonnables pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention ». Relevant du chapitre relatif aux « sanctions en matière commerciale », cette disposition est applicable à tous les contrats commerciaux, donc à la franchise. Un raisonnement *a contrario* permet de dire que le franchisé « doit » collaborer avec le franchiseur s'il ne veut pas voir diminué son droit à obtenir réparation du préjudice causé par l'atteinte à l'image de marque commise par les tiers. Il convient toutefois de noter que cette collaboration n'est exigée que lorsque la faute a eu lieu et que les pertes sont en train de se produire²²¹. Corrective, l'exigence de limiter les pertes incombant au franchisé, consiste notamment dans la collaboration avec le franchiseur dans la collecte des preuves. La collaboration préventive, quant à elle, doit se référer aux principes généraux du droit commun des obligations.

²²¹ NGUYEN Viet Khoa, « Les sanctions des violations contractuelles selon la loi commerciale de 2005 » (Chế tài phạt vi phạm hợp đồng trong Luật Thương mại năm 2005), Rev. Etudes législatives, n° 200, août 2011.

b) Recours aux principes généraux du droit commun des obligations

82. Le franchiseur vietnamien peut exiger de son franchisé de collaborer avec lui dans la prévention et dans la mise œuvre des mesures contre les atteintes à la marque. Pour ce faire, il peut se fonder sur l'article 388 du Code civil qui dispose que la conclusion d'un contrat doit respecter les principes de « bonne foi, coopération, probité et franchise »²²². Le même code exige en outre que le contrat soit exécuté « avec probité, dans un esprit de coopération, de la manière la plus profitable aux parties et dans le respect de la confiance mutuelle »²²³. En intégrant un réseau de franchise, c'est de l'image de marque que cherche à bénéficier le franchisé. Il serait donc illogique qu'il ne collabore pas avec son franchiseur dans la protection de ce bien. Si la marque est exploitée déloyalement par un tiers, c'est non seulement l'intérêt du franchiseur, mais aussi celui du franchisé qui est affecté. C'est donc dans son propre intérêt que le franchisé informe le franchiseur et lui demande de prendre des mesures nécessaires pour empêcher les conséquences de l'atteinte à la marque.

2. – La protection de la marque par le franchisé en droit français

83. Compte tenu du rôle primordial joué par la marque dans la franchise, le franchisé est tenu de l'obligation de l'exploiter selon les modalités établies par le franchiseur (a). Ce dernier peut même aller plus loin en exigeant de son franchisé de l'informer de toute atteinte à la marque par un tiers (b).

a) L'obligation d'exploitation de la marque selon ses modalités propres

84. Respect des normes. Pour attirer et fidéliser la clientèle, le franchiseur établit des normes liées étroitement à la marque franchisée. Le franchisé ne peut apposer la marque du

²²² Il serait opportun de remarquer que le Code civil vietnamien présente une particularité par rapport au Code civil français en ce sens que le premier débute par un « Préliminaire » suivi par un Chapitre I intitulé « Principes fondamentaux », ce qui fait défaut dans le second. Ce « Préliminaire » et ces « Principes » constituent le fondement de toutes les dispositions figurant dans les parties et chapitres qui suivent. Ils sont, comme un auteur français l'a observé, « une référence essentielle pour l'interprète des règles de droit positif au Vietnam » et « représentent pour l'observateur étranger la meilleure approche pour comprendre l'état de la société vietnamienne ou plus exactement de son évolution en cours ou prévisible compte tenu des solutions établies ». Cf. P. BEZARD, « Bicentenaire du Code civil : le Vietnam », in « Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire », éd., Dalloz-Litec, 2004, p. 664.

²²³ Art. 412.

franchiseur que sur les produits désignés par lui. Un franchisé qui n'observe pas ces normes risque de voir sa responsabilité engagée. La Cour d'appel de Poitiers a statué dans ce sens. La solution a été ensuite confirmée par la Cour de cassation. En l'espèce, la société Manoukian avait consenti aux franchisés l'exclusivité de l'usage de sa marque à charge pour eux de ne vendre que des produits acquis à ce nom. Or, ces derniers avaient frauduleusement introduit dans leur magasin des marchandises étrangères à la marque du franchiseur. Ils avaient en outre muni ces vêtements d'une étiquette cartonnée « Alain Manoukian » sans l'accord de ce dernier. Il résulte de ces faits, selon la Cour, que ces franchisés avaient « délibérément contribué à la réalisation d'une confusion que les textes élaborés pour la protection des marques et des consommateurs, visés à la prévention, ont pour objet de dissiper »²²⁴.

85. Image de marque. De même ont été sanctionnés des franchisés qui n'avaient pas respecté l'image de marque en l'associant à une enseigne concurrente. Ainsi, un concédant titulaire de la marque « La Boucherie » avait accordé à deux sociétés la concession du concept « La Boucherie » et l'usage accessoire de la marque « La Boucherie » dans deux régions par deux contrats de concession²²⁵. Aux termes de ces deux contrats, les concessionnaires étaient tenus de « veiller à la réputation de l'enseigne « La Boucherie » qui {...} doit être pour le public, non seulement une référence de qualité et de bon goût, mais encore de courtoisie et de service irréprochable » et de « veiller à la bonne tenue du restaurant tant à l'extérieur qu'à l'intérieur ». Se prévalant de ce que les concessionnaires ne respectaient pas les termes de ces contrats, le concédant les a assignés aux fins de résiliation à leurs torts exclusifs de ces contrats et en indemnisation du préjudice subi pour avoir faussé l'image de marque « La Boucherie », notamment en l'associant à un restaurant à l'enseigne « Le Boeuf gaulois », ne faisant pas partie du réseau. Les concessionnaires, quant à eux, ont argumenté que l'inexécution partielle d'un contrat à durée déterminée n'entraînait pas sa résiliation. Leur argument a toutefois été rejeté tant par les juges du fond que par la Cour de cassation²²⁶. Celle-ci a approuvé la Cour d'appel qui avait constaté que « les sociétés BB'S et RLM avaient violé le contrat de concession en n'assurant pas à la clientèle un service de qualité conforme à l'image de « La Boucherie » et en ne veillant pas à la bonne tenue du restaurant du Mans ».

²²⁴ Cass. crim., 14 nov. 1989, n° 88-85907.

²²⁵ Il s'agit en fait d'un contrat de franchise.

²²⁶ Cass. com., 6 mai 2002, pourvoi n° 99-20130.

86. Sanction sévère. Lorsque la marque est hautement notoire, les juges n'hésitent pas à prononcer des sanctions sévères. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 28 novembre 2005 a retenu une atteinte à l'image de marque commise par un distributeur de parfums qui avait vendu des coffrets-cadeaux selon les modalités impropres à la marque. En l'espèce, la société Guerlain avait conclu avec la société Levallois Parfums deux contrats de distributeur agréé concernant deux fonds de commerce de parfumerie. Le distributeur avait procédé à la vente de coffrets-cadeaux mentionnant qu'ils étaient offerts par le parfumeur, après avoir altéré cette indication. Le parfumeur s'est prévalu de cette modification du produit pour notifier la rupture des contrats. La Cour d'appel de Paris avait fait droit à cette demande. Le distributeur a contesté cette décision, car il n'y avait pas eu de manquement grave justifiant la rupture, puisque deux coffrets seulement avaient été vendus, ce qui ne pouvait pas, selon lui, porter atteinte à l'image de marque du parfumeur. Mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en retenant que les agissements commis par les concessionnaires « avaient pour effet de porter atteinte à l'image de produits de haute qualité et de nuire à la clientèle à laquelle étaient offerts des produits éliminés de la vente par la société Guerlain »²²⁷. Il serait opportun de noter que cette jurisprudence ne concerne que des produits de « haute qualité ». Sa portée doit être limitée, l'arrêt n'étant pas publié au bulletin.

b) Obligation d'informer le franchiseur des contrefaçons

87. S'il est vrai que le franchiseur titulaire de la marque est le seul qui peut agir en contrefaçon contre toute atteinte à la marque, celui-ci peut prévoir une clause obligeant le franchisé à l'informer de toute contrefaçon. Cette stipulation est considérée par la Commission européenne comme « généralement nécessaires à la protection des DPI du franchiseur et, si elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sont également couvertes par le

²²⁷ Cass. com., 28 nov. 1995, pourvoi n° 94-14898, Bull. 1995 IV n° 276 p. 254 ; RTD com. 1996, p. 321, obs. B. BOULOC. Dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, pourvoi n° 94-21775, Bull. civ. I, n° 424, p. 297. La Cour a approuvé les juges du fond en retenant que « les statuts de l'association et le contrat de panonceau forment un ensemble indivisible, la résiliation du contrat emportant radiation de l'association, [que] le contrat de panonceau prévoit sa résiliation sans préavis en cas d'infraction aux statuts ou de faute commerciale de nature à causer préjudice même simplement moral aux centres distributeurs X ». A été jugé dans le même sens la Cour d'appel de Paris qui ont statué que « n'est pas abusive la résiliation intervenue à la suite de manquement graves et répétés du concessionnaire qui a nui à l'image de marque du service du concédant qui, à la suite de plaintes de clients, a dû intervenir auprès de ceux-ci pour tenter de rétablir une relation de confiance ». Cf. CA Paris, 17 févr. 1994, D. 1995, somm. p. 70, obs. D. FERRIER.

règlement d'exemption par catégorie »²²⁸. Une telle stipulation est nécessaire pour le franchiseur qui externalise son commerce à des marchés éloignés. Le franchisé local est le mieux placé pour découvrir les éventuelles usurpations et pour engager les procédures en contrefaçon en connaissance du système juridique de son pays.

88. En définitive, le franchisé ne peut utiliser la marque selon son gré. Il ne peut « disposer » de la marque comme le laisse entendre l'expression « mise à disposition ». Bien au contraire, une fois que la marque est apportée par le franchiseur au service de l'intérêt commun, le franchisé doit l'exploiter strictement selon les modalités imposées par son franchiseur. Il doit également témoigner d'un esprit de collaboration avec la tête du réseau pour la lutte contre les atteintes à la marque. Mais cela ne suffit pas. Encore faut-il qu'il participe activement à la valorisation de celle-ci.

§ 2. Efforts communs dans la valorisation de la marque

89. Créer une marque n'est qu'une étape dans le processus de commercialisation des produits. Encore faut-il la faire connaître pour lui donner une image, puis la maintenir et la valoriser auprès des consommateurs. Nul ne conteste que le meilleur moyen qui permet de parvenir à cet objectif soit la publicité. Pèse alors sur le franchiseur l'obligation de mener régulièrement des campagnes publicitaires²²⁹ et promotionnelles profitant à l'ensemble du réseau²³⁰.

A. La publicité nationale

90. Puisque la marque est un élément indispensable à l'exploitation d'une clientèle, il est logique que le franchiseur-apporteur veille à son image, par une publicité nationale, voire internationale. La valorisation de la marque étant bénéfique non seulement au franchiseur

²²⁸ Le point 45-e des Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01)

²²⁹ CA Paris, 25 sept. 1998, Juris-Data n° 024245. Dans cette affaire, le franchiseur a été sanctionné pour ne pas avoir organisé de campagnes publicitaires en 1992.

²³⁰ Cass. com., 1^{er} févr. 1994, pourvoi n° 92-10111, inédit ; CA Pau, 14 nov. 1991, Juris-Data n° 050268 ; CA Bordeaux, 8 juin 1989, Juris-Data n° 043431 ; CA Pau, 2 mai 1998, Juris-Data n° 041930 ; CA Paris, 10 nov. 1987, Juris-Data n° 027263.

mais aussi au franchisé, celui-ci doit alors y participer financièrement. Outre les moyens de publicités dits classiques, tels que la presse, la télévision, la radio et les brochures, le franchiseur doit procéder à une publicité en ligne sur les sites les plus visités. Il peut créer lui-même un site propre au réseau. L'utilité de ce travail est double.

D'une part, Internet ne connaît pas de frontière. Son accès n'est pas limité ni dans l'espace, ni dans le temps. Il peut même vendre²³¹ ses produits en ligne. Son marché potentiel est donc illimité.

D'autre part, en créant un site commun au réseau en utilisant la marque au titre de nom de domaine, le franchiseur peut éviter le risque d'enregistrement postérieur de la marque par un franchisé ou par une tierce personne. En l'absence d'un site web du franchiseur, la tentation des franchisés ou des tierces personnes serait grande de déposer la dénomination de la marque en tant que le nom de domaine, identifiant ainsi leur site marchand de commerce électronique. Or, les noms de domaine sont attribués selon la règle internationale : « premier arrivé, premier servi ». Par conséquent, ni le franchiseur, ni les autres franchisés ne pourraient utiliser le même nom de domaine, ce qui porterait atteinte à l'identité du réseau. Les franchisés ne pourraient pas non plus bénéficier de l'exclusivité de la marque du franchiseur sur l'Internet, alors même que le commerce électronique est devenu un moyen de vente de plus en plus efficace.

Au Vietnam, le législateur n'oblige le franchiseur ni à faire des publicités, ni de créer un site Internet. La doctrine, pour sa part, est partagée sur ce point (1). La jurisprudence française, quant à elle, adhère au courant doctrinal qui propose de mettre une telle obligation à la charge des deux parties contractantes (2).

1.- Doctrine divisée au Vietnam

91. Maintien de l'image de marque. Pour pouvoir permettre au franchisé de réitérer la réussite de son franchiseur, il est nécessaire que la marque ait une certaine notoriété ou renommée. Force est toutefois de constater que l'image de marque, qui n'est autre qu'un message, peut changer avec le temps. La question qui se pose est alors celle de savoir si le franchisé peut demander au franchiseur d'améliorer l'image de la marque lorsqu'il découvre

²³¹ Il s'agit de ventes passives dans le respect de l'exclusivité territoriale accordée à chacun des franchisés. V. *infra* n^{os} 419 et 434.

que celle-ci est devenue moins connue. Aucune réponse n'est donnée par le droit positif vietnamien.

On devrait toutefois l'admettre, car l'exploitation d'une clientèle relève de l'intérêt commun des parties. Le franchiseur-apporteur en jouissance ne doit pas se contenter de transférer une fois pour toutes sa marque et toucher des droits d'entrée. Il doit maintenir, avec les efforts du franchisé, la notoriété du bien apporté, car le ternissement de l'image de sa marque risque d'affecter non seulement l'intérêt de son partenaire mais encore le sien.

92. Le franchiseur doit donc procéder à des publicités actives, avoir mettre en place une stratégie de marketing novatrice qui consiste notamment en une collaboration active avec son franchisé dans la réalisation des politiques de prix et de promotion²³². Cette collaboration est d'autant plus nécessaire que le franchisé est en contact direct avec les consommateurs finaux. C'est lui qui comprend le mieux les goûts et les spécificités culturelles locales. La pratique montre que la collaboration du franchisé peut se traduire par une participation financière. Elle repose, en outre, sur son expérience professionnelle tirée des contacts avec les clients²³³.

2.- Proposition doctrinale entérinée par la jurisprudence française

93. Promotion de la marque. La jurisprudence française considère que la notoriété de la marque constitue un élément assurant l'équilibre du contrat de franchise. Le franchiseur doit alors faire preuve d'efforts importants de publicité lorsque sa marque n'est pas assez notoire. C'est dans ce sens que s'est prononcé un arrêt du 12 juillet 1993 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation. En l'espèce, la société Etienne X (franchiseur) a concédé à la société Japyl (franchisé), pour une durée de cinq années, la franchise, pour la ville de Lyon, de la commercialisation de l'ensemble des produits de luxe portant sa marque. Le franchisé s'est obligé à aménager à ses frais le local de vente selon les normes fixées par le franchiseur et à ne distribuer que des produits portant la marque du franchiseur. Ce dernier

²³² Cette opération doit s'effectuer en étroite concertation entre le franchiseur et tous les franchisés. On imagine difficilement qu'un franchiseur prenne l'initiative d'annoncer lors d'une campagne publicitaire nationale qu'une très importante remise sera proposée chez tous les franchisés. Cette remise ne compromet pas l'intérêt du franchiseur, mais bien au contraire, elle pourrait rehausser les redevances souvent calculées sur le chiffre d'affaires réalisé par ses franchisés. Mais elle risque de faire baisser les marges des franchisés.

²³³ C'est ainsi que l'on voit, dans le contrat de franchise du magasin d'utilité *Hapro*, peser sur le franchisé l'obligation de communiquer au franchiseur tous les retours d'avis des consommateurs sur les produits vendus, ce qui permet à celui-ci de mieux comprendre leurs goûts et de faire mieux des politiques promotionnelles en conséquence.

s'est obligé, de son côté, à effectuer des présentations de ses collections et à aider le franchisé pour les campagnes de promotion et de publicité ainsi que dans la formation des collaborateurs. Insatisfait de l'exécution du contrat, le franchisé a assigné son franchiseur en nullité et résiliation du contrat ainsi qu'en paiement de dommages-intérêts au motif que ce dernier n'a pas effectué les campagnes de publicités nécessaires à la valorisation de la marque. Sourde aux arguments avancés par le franchiseur qui avait fait de la publicité pour sa marque, en 1985, 1986 et 1987 dans les magazines Vogue et Le Figaro, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel²³⁴ qui, « après avoir relevé que le contrat litigieux devait être replacé dans le contexte du lancement du réseau de franchise en France, ce dont il résultait que la marque n'était pas connue, a retenu qu'en matière de commercialisation de produits de luxe, la renommée d'une marque devait compenser l'importance des investissements mis à la charge du franchisé et que cette compensation nécessaire à l'équilibre du contrat la liant à son unique franchisé en France nécessitait de la part du franchiseur un effort particulièrement important de publicité et de promotion pour faire connaître sa marque et pallier ainsi l'absence de notoriété »²³⁵.

On ne peut qu'approuver cette décision qui fait de l'obligation pour le franchiseur de faire des publicités une obligation inhérente au contrat de franchise. Il est toutefois regrettable qu'elle ne concerne que des contrats relatifs à la « commercialisation des produits de luxe ». Cette exigence pourrait être généralisée à tous les contrats de franchise. Tenu d'une telle obligation, le franchiseur doit constamment faire preuve d'initiative et de dynamisme pour promouvoir sa marque. Le franchisé, quant à lui, doit participer financièrement à la valorisation de la marque et procéder lui-même à la publicité dans sa zone d'exclusivité. Cette conjugaison d'efforts s'explique aisément par le fait que la valorisation de la marque est bénéfique à toutes les parties.

B. Publicité locale

94. Le franchiseur doit assister son franchisé dans les campagnes de publicités locales en lui fournissant le matériel nécessaire. L'intérêt commun est encore une fois ressenti dans cette collaboration. Le franchiseur ne peut s'exonérer en vérifiant l'exactitude des informations

²³⁴ CA Paris 29 mai 1991.

²³⁵ Cass. com., 12 juil. 1993, pourvoi n° 91-20540 ; Contrats, conc. cons., 1993/12, n° 207, note L. LEVENEUR.

diffusées. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 27 novembre 1990 l'a clairement confirmé.

En l'espèce, un franchisé avait apposé sur trente neuf véhicules proposés à la vente une affichette portant l'indication « expertise » et sur huit d'entre eux une indication « contrôle de sécurité », alors que ces indications étaient le plus souvent erronées. Le franchisé, à qui les faits de publicité trompeuse ont été reprochés, n'en contestait pas la matérialité, mais il prétendait que d'après le contrat de franchise, il était tenu d'utiliser les documents de publicité transférés par le franchiseur. La Cour d'appel de Rennes²³⁶ n'avait pas admis cet argument, car s'il est exact que le franchiseur était à l'origine des documents, « le franchisé ne saurait être considéré comme un exécutant passif, sa responsabilité pénale étant entière ». La position des juges rennais a été ensuite confirmée par la Cour de cassation au motif que « la circonstance que des documents publicitaires aient été remis, par le franchiseur, à un franchisé, ne saurait exonérer ce dernier de la responsabilité pénale qu'il encourt lorsque, les ayant utilisés personnellement et pour son propre compte, il n'assure pas les prestations annoncées »²³⁷. On est responsable de ce qu'on a apprivoisé²³⁸, comme l'enseignait le renard au Petit Prince. Cette idée justifie que l'on ne peut rester indifférent, ni être passif dès lors qu'on est membre d'un réseau²³⁹.

²³⁶ CA Rennes, ch. corr, 12 déc. 1989.

²³⁷ Cass. crim., 27 nov. 1990, pourvoi n° 90-81222, Bull. crim. n° 408, p. 1024. Il en a été jugé de même par la Cour d'appel de Douai dans un arrêt du 17 juin 2008 (RG n° 07/02766, Juris-Data n° 2008-367494). Pour se dégager de sa responsabilité, le franchisé a argumenté que les documents de publicité provenaient de son franchiseur. Toutefois, selon les juges douaisiens, étant l'auteur de la diffusion de la publicité, le franchisé aurait dû vérifier l'exactitude et la sincérité de cette publicité avant d'ordonner sa diffusion.

²³⁸ « Tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé ». Saint Exupéry, *Le Petit Prince*, 1943.

²³⁹ En ce sens : STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat*, *op.cit.*, n° 255 et s.

Conclusion du chapitre I

95. Marque comme élément indispensable de la franchise. En définitive, les signes distinctifs du franchiseur, au premier rang desquels trouve la marque, jouent un rôle essentiel dans la franchise, si bien que leur mise à disposition par le franchiseur au profit du franchisé est une condition de validité du contrat de franchise.

96. Apport en jouissance. Si le franchiseur devait partager sa marque avec le franchisé, c'était parce ce dernier l'utilise pour exploiter une clientèle. Cette exploitation procure certes un intérêt propre au franchisé, mais le franchiseur y trouve également son intérêt. En effet, plus le chiffre d'affaires du franchisé est important, plus les redevances que le franchiseur touche mensuellement sont intéressantes. Par ailleurs, plus le franchisé réussit, plus la marque du franchiseur sera connue, plus il pourra attirer d'autres franchisés. Il apparaît que la mise à disposition n'est qu'une simple contrepartie des droits d'entrée qui sont versées une fois pour toutes. La mise à disposition d'une marque doit être au contraire considérée comme un apport en jouissance du franchiseur au service de la réalisation d'une œuvre commune. Il serait opportun de rappeler ici la double utilité de cette qualification.

D'une part, elle impose au franchiseur d'apporter une marque qui représente une valeur réelle pour la réalisation de l'œuvre commune. La simple existence de la marque ne peut suffire. Encore faut-il qu'elle ait un certain pouvoir attractif. La qualification d'apport en jouissance est un complément nécessaire au droit positif vietnamien. Il a été montré que toutes les marques n'étaient pas franchisables et que seules les marques connues pouvaient faire l'objet d'une franchise, car celle-ci est la réitération d'une réussite. Or, comment une réussite peut-elle exister sans que la marque ne soit, sinon notoire, du moins connue du public concerné ? C'est ainsi que la jurisprudence française n'a pas manqué de sanctionner les franchiseurs dont la marque n'est pas connue.

D'autre part, la qualification d'apport en jouissance exige que le franchisé exploite la marque selon les modalités propres à elle et à collaborer avec le franchiseur en vue de la protéger et de la rendre plus notoire dans le souci de la valorisation de l'intérêt commun. Cette exigence s'avère nécessaire en ce sens que la franchise est un contrat dont l'exécution peut durer des années. Seule une collaboration voulue des parties, et non imposée, permet de maintenir, puis de rehausser l'image du réseau et ainsi le pérenniser.

97. Il convient néanmoins de noter que la marque, pour indispensable qu'elle soit, ne suffit pas en elle seule pour permettre au franchisé d'exploiter une clientèle. Le franchisé doit connaître les techniques de produire, de vendre et de fidéliser la clientèle. Il n'y parviendra que s'il peut utiliser le savoir-faire de son franchiseur, un autre élément essentiel de la franchise que la doctrine appelle souvent la « bible ».

Chapitre II

Le partage d'un savoir-faire

98. Les informations échangées avant la signature du contrat de franchise, aussi nombreuses soient-elles, restent très générales. Elles seraient suffisantes dans des contrats comme la licence de marque, l'agence commerciale, la concession ou l'affiliation. Mais elles passent totalement à côté de l'essentiel dans le cas d'un contrat de réitération de la réussite tel que la franchise dans lequel le savoir-faire est considéré comme la bible. La mise d'une marque à disposition du franchisé, la fourniture à celui-ci d'une assistance, même suivie de visites du franchiseur, ne peuvent compenser l'absence de savoir-faire et sont insuffisantes pour qualifier un contrat de franchise. Comme l'a justement remarqué un auteur, « le savoir-faire entretient avec le contrat de franchise une relation dialectique en ce sens qu'ils se servent mutuellement d'argument et de représentation »²⁴⁰.

99. Si la marque attire particulièrement l'attention de la doctrine et du législateur vietnamiens, il en est beaucoup moins pour le savoir-faire. En effet, l'article 284 de la loi commerciale prévoit que « la vente de marchandises ou la prestation de services par le franchisé doit être effectuée selon les modalités fixées par le franchiseur, en utilisant la marque, le nom commercial, le savoir-faire, le slogan commercial, l'enseigne commerciale et les moyens publicitaires du franchiseur ». Le texte reste cependant muet sur la question de savoir quel peut être ce savoir-faire. Notamment, il ne précise pas s'il s'agit d'un savoir-faire au sens de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005 ou comme l'on entend dans la loi sur la concurrence de 2004.

La doctrine, quant à elle, reste pauvre sur ce point. Trois auteurs uniquement se sont contentés d'énoncer leur avis sans fournir d'éléments propres à justifier leur position. Un premier auteur évoque l'exigence de la communication du savoir-faire dans la franchise sans toutefois se poser la question de savoir quel savoir-faire répond aux spécificités de la

²⁴⁰ D. FERRIER, « Franchise et savoir-faire », Mél. J.-J BURST, p. 157.

franchise²⁴¹. Un deuxième auteur, quant à lui, préfère analyser l'encadrement juridique en matière de protection du savoir-faire en général²⁴². Un troisième auteur se réfère au contenu du secret d'affaires sans le définir, ni se poser la question de savoir en quoi consiste un secret d'affaires valable dans le contrat de franchise. En effet, selon lui, « le secret d'affaires consiste souvent en des règles d'organisation, d'indication d'utilisation, de stratégie de publicité et de promotion, de relations publiques, des stratégies de développement de l'entreprise. Il peut également être constitué des éléments distinctifs de décoration du lieu de vente et des vêtements du personnel »²⁴³. Le même auteur accorde ensuite à la marque, comme les deux auteurs précédemment cités, un rôle plus important que le savoir-faire.

100. En droit français, doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que le savoir-faire constitue l'objet du contrat de franchise. Aussi, lorsqu'il s'agit de qualifier le contrat de franchise, les tribunaux prennent soin de relever l'existence d'un savoir-faire communiqué au franchisé dès la conclusion du contrat²⁴⁴. Les Lignes directrices sur les restrictions verticales²⁴⁵ précisent en leur point 43 que « les accords de franchise, à l'exception des accords de franchise industrielle, sont le meilleur exemple de communication du savoir-faire à l'acheteur à des fins commerciales » et disposent ailleurs que « plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficience et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3 »²⁴⁶.

101. Plan. Puisqu'une bonne réitération du concept relève de l'intérêt commun des deux parties et du réseau, le franchiseur et le franchisé doivent veiller à la protection du savoir-faire (Section 2) une fois que celui-ci est communiqué (Section 1).

²⁴¹ NGUYEN Khanh Trung, *op. cit.*, p. 160.

²⁴² NGUYEN Thai Mai, « En vue du perfectionnement de l'encadrement juridique dans le domaine de la protection du savoir-faire » (Hoàn thiện pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với bí mật kinh doanh), *Rev. Etudes législatives*, 2 nov. 2009.

²⁴³ VU Dang Hai Yen, *op. cit.*, p. 108.

²⁴⁴ En l'absence du savoir-faire, la nullité du contrat peut être prononcée pour défaut d'objet ou pour absence de cause. Cf. Cass. com., 11 juin 1996, pourvoi n° 94-15614 ; CA de Bordeaux, 17 avril 1991, Joubert/Ste Concept Nouvelle Vieillesse, *Juris-Data* n° 043846 ; CA Versailles, 7 févr. 2002, n° de RG : 1999-1548 ; CA Nancy, ch. Commerciale 02-06/02041, 18 nov. 2009. Ce dernier arrêt a admis la nullité du contrat pour défaut de transmission d'un savoir-faire rentable et éprouvé.

²⁴⁵ 2010/C 130/01, JOUE 19 mai 2010.

²⁴⁶ Point 190 a).

Section 1 : La communication d'un savoir-faire

102. Plan. Le savoir-faire étant la bible de la franchise mis au service de l'exploitation d'une clientèle, le franchisé doit pouvoir en bénéficier. Mais une communication ne suffit pas à elle seule. Encore faut-il que ce savoir-faire, tout comme la marque, procure un profit réel au franchisé. Aussi, avant de déterminer les critères de validité du savoir-faire dans le contexte de la franchise (§ 2), il convient de définir cette notion (§ 1).

§ 1. Définition du savoir-faire

103. Plan. Les textes vietnamiens (A) ne présentent pas de réelle différence par rapport aux textes européens (B).

A. Le savoir-faire en droit vietnamien

104. Terminologie. Les termes de « savoir-faire » en droit français et de « *bí mật kinh doanh* » (secret d'affaires) en droit vietnamien sont, semble-t-il, la traduction de l'anglais « *know how to do it* » ou « *know how* ». Le mot « *bí mật* » (« secret ») en vietnamien signifie que la chose est cachée et que son détenteur ne doit pas la divulguer, alors que le côté « affaires » traduit son utilité économique. Les deux mots vont ensemble pour former un mot composé qui signifie « l'élément le plus important d'une réussite »²⁴⁷.

105. Vainement cherchera-t-on la définition du « secret d'affaires » dans la loi commerciale de 2005 et son décret d'application, bien que ces textes soient spécifiques à la franchise. C'est dans la loi sur la propriété intellectuelle de 2005 que l'on trouve une définition assez vague. En effet, l'article 4-23 de ladite loi utilise le terme « secret commercial » et le définit comme « des informations acquises d'activités d'investissement financier ou intellectuel, qui sont non-divulgués et susceptibles d'application dans les affaires ». Cette définition est ensuite complétée par l'article 84 de ladite loi précisant les conditions de la protection des secrets commerciaux. Aussi, un secret commercial, pour être protégé, doit satisfaire trois conditions :

²⁴⁷ Académie linguistique, *Dictionnaire de la langue vietnamienne*, Da Nang 2005, 11^{ème} éd. v. « *bí quyết* », p. 61.

qu'il ne soit pas généralement connu ni aisément accessible ; qu'il donne à son détenteur, au cours des opérations commerciales, un avantage par rapport aux personnes qui ne le détiennent pas ou ne l'utilisent pas ; et qu'il soit protégé par son propriétaire de manière à ce qu'il reste non-divulgué et non aisément accessible.

La loi sur la concurrence de 2004²⁴⁸, quant à elle, emploie le terme de « secret d'affaires » qui s'entend d'une information réunissant les trois conditions suivantes : (1) ne pas faire partie de la connaissance générale ; (2) avoir une application certaine dans les affaires et pouvoir, une fois qu'elle est utilisée, avantager son détenteur par rapport à ceux qui ne l'ont pas ou ne l'utilisent pas ; (3) être protégée par son détenteur par les procédés nécessaires pour la rendre difficilement accessible et pour qu'elle ne soit pas divulguée²⁴⁹.

La définition du savoir-faire donnée par la loi commerciale est plus large dans la mesure où toutes les informations peuvent, selon cette loi, constituer un savoir-faire pourvu qu'elles soient gardées secrètes et qu'elles puissent avantager leur utilisateur. La définition avancée par la loi sur la concurrence, quant à elle, est plus restrictive parce que l'information ne doit pas « faire partie de la connaissance générale ». Une telle conception semble adaptée au savoir-faire industriel, mais ne serait pas appropriée à la franchise. La pratique montre en effet que toutes les informations constitutives du secret des affaires du franchiseur ne sont pas du domaine de la connaissance spécifique. Plusieurs informations qui, vues séparément, n'ont rien de particulier, peuvent toutefois devenir une clef de voûte du concept de la franchise grâce à la manière dont on les assemble. En France, il est de jurisprudence constante que le savoir-faire est valide, peu importe sa banalité, pourvu qu'il procure un avantage réel au franchiseur²⁵⁰.

B. Le savoir-faire en droit français

106. Références européennes. Aucun texte interne ne définit le savoir-faire sauf l'arrêté du 12 janvier 1973 qui l'avait défini de façon très laconique en « habileté acquise par l'expérience, connaissances pratiques ». C'est dans les règlements européens que l'on peut

²⁴⁸ Loi sur la concurrence n° 27/2004/QH 11 adoptée le 3 déc. 2004 et entrée en vigueur le 1^{er} juill. 2005.

²⁴⁹ Art. 3.10 de la loi sur la concurrence.

²⁵⁰ *Infra* n° 123 et s.

trouver des éclairages. En effet, dans le Règlement de 1996²⁵¹, la Commission européenne a défini, en son article 10, le savoir comme « un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiées de toute manière appropriée ». Le règlement 2790/1999²⁵², quant à lui, définit le savoir-faire comme « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ». Ce règlement est expiré le 31 mai 2010 et a été remplacé par un nouveau Règlement sur les accords verticaux²⁵³. Celui-ci a repris les mêmes termes que l'ancien texte tout en apportant une modification dans la conception de la substantialité du savoir-faire²⁵⁴. Selon les termes du nouveau Règlement, « secret » signifie que le savoir-faire « n'est pas généralement connu ou facilement accessible » ; « substantiel » se réfère à ce qui est « significatif et utile » ; et « identifié » signifie que « le savoir-faire est décrit d'une façon

²⁵¹ Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission européenne du 31 janv. 1996 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accord de transfert de technologie, JOCE n° L 031 du 9 févr. 1996.

²⁵² Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE L 336/21, 29 déc. 1999.

²⁵³ Egalement appelé Règlement européen d'exemption ou encore loi anti-trust, ce règlement a été adopté le 20 avril 2010 par la Commission européenne (JOUE L 102/1 du 23 avril 2010) et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Une phase transitoire d'un an, c'est-à-dire expirant le 31 mai 2011, est destinée à permettre aux entreprises, dont les contrats ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le nouveau Règlement, mais satisfont à celles prévues par le Règlement (CE) n° 2790/1999, de mettre leurs accords en conformité avec le nouveau régime d'exemption.

²⁵⁴ Il conviendrait de remarquer en effet que l'article 2.3 prévoit que « L'exemption prévue au § 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients ». Or, nul ne doute que la communication d'un savoir-faire est une condition de la validité du contrat de franchise. De même, l'article 5 du Règlement prévoit que « le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre Règlement d'exemption par catégorie ». Or, il existe le règlement (CE) n° 772/2004 du 27 avril 2004 relatif aux accords de transferts de technologie. Une partie de la doctrine (N. RAUD, « Nouveau Règlement d'exemption par catégories des restrictions verticales (Règl. UE n° 330/2010, 20 avr. 2010) », *Contrats, conc. cons.*, n° 6, juin 2010 ; A. GURIN, « Nouvelles règles relatives aux restrictions verticales », *JCP E* n° 3, 20 janv. 2011, 1027) considère que le nouveau Règlement a exclu la franchise de son champ d'application. Afin d'éviter toute ambiguïté quant au traitement de cette dernière, l'Autorité de la concurrence a suggéré d'indiquer plus clairement que le Règlement (CE) n° 772/2004 ne s'applique pas aux accords de franchise qui n'ont pas pour objet essentiel le transfert de droits de propriété intellectuelle car ils sont directement liés à l'utilisation, la vente ou la revente des biens ou services par l'acheteur ou ses clients. Les nouvelles lignes directrices, quant à elles, continuent à se référer à la franchise. Son point 44 précise que « L'octroi de licence prévu dans un accord de franchise bénéficie de l'exemption par catégorie si chacune des cinq conditions énumérées au point 31 est remplie. Cela est normalement le cas étant donné que, dans la plupart des accords de franchise, y compris les accords de franchise principale, le franchisé fournit au franchisé des biens ou des services, notamment des services d'assistance commerciale ou technique. Les DPI aident le franchisé à revendre les produits que lui fournit le franchiseur ou un fournisseur désigné par ce dernier, ou à utiliser ces produits et à vendre les biens ou les services qui en résultent. Si un accord de franchise prévoit seulement, ou à titre principal, la concession d'une licence de DPI, il n'est pas couvert par l'exemption par catégorie, mais la Commission appliquera généralement les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et dans les présentes lignes directrices à un tel accord ».

suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

107. La doctrine, quant à elle, propose de nombreuses définitions de sorte qu'il y a autant d'auteurs que de définitions du savoir-faire. Il convient de citer quelques-unes.. Selon M. DURAND, le savoir-faire est un « ensemble des connaissances, moyens techniques et informations permettant la reproduction industrielle effective d'un produit, système ou procédé de caractère nouveau et secret »²⁵⁵. Pour M. LELOUP, il s'agit d'un « ensemble finalisé de connaissances pratiques, transmissibles, non immédiatement accessible au public, non brevetées et conférant à celui qui maîtrise cet ensemble un avantage concurrentiel »²⁵⁶. M. BENSOUSSAN considère, quant à lui, le savoir-faire comme la « combinaison de compétences relatives à l'organisation de la production et/ou de la distribution, de produits ou services, mise au point et expérimentée par le franchiseur, transmise au franchisé dès la signature du contrat et imprimée, comme ses perfectionnements, grâce à une assistance et un contrôle permanents »²⁵⁷.

108. Variété de savoir-faire. Certains auteurs préfèrent distinguer le savoir-faire dans la franchise de distribution des autres savoir-faire exploités dans différents type de franchise. Aussi, selon MM. le TOURNEAU et ZOIA, dans le cadre de la franchise, le franchiseur doit mettre en œuvre un savoir-faire commercial original. Celui-ci « se décompose en un savoir-sélectionner (ou savoir-acheter à bon escient le bon article au bon prix) et en un savoir-vendre (par un marketing propre, dans un magasin organisé et géré d'une façon spécifique, l'ensemble ayant été expérimenté par le franchiseur dans des succursales ou des magasins tests) »²⁵⁸. D'autres considèrent qu'il existe un savoir-faire négatif, ou un savoir-ne pas faire, constitué par la connaissance des erreurs à ne pas commettre²⁵⁹.

²⁵⁵ P. DURAND, « Le know-how », JCP, mai 1967, I. 2078.

²⁵⁶ J.-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁷ H. BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 182.

²⁵⁸ P. le TOURNEAU et M. ZOIA, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045, préc. Une cour d'appel s'est prononcée dans le même sens en décidant que « dans la franchise de distribution, le savoir-faire réside essentiellement dans la mise à disposition d'une sélection de produits spécifiques et originaux, destinés à un certain type de clientèle ». Cf. CA Versailles, 4 juill. 1996, Juris-Data n° 1996-850007.

²⁵⁹ J. AZEMA, « Propriété industrielle », Lamy droit commercial, 1998, n° 1522, p. 687.

109. Définition jurisprudentielle. De leur côté, les juges, lorsqu'ils sont invités à qualifier le savoir-faire dans le contrat de franchise, prennent le soin de donner des définitions. Selon les juges parisiens, il s'agit d'un « ensemble de méthodes commerciales de nature à fonder la réussite du franchiseur »²⁶⁰. Pour la Cour de cassation, c'est un « ensemble d'informations pratiques testées par le franchiseur, et ayant fait preuve de leur efficacité et de leur performance »²⁶¹ ou un « ensemble de méthodes qui doivent se distinguer des règles de l'art que le franchisé aurait pu acquérir par ses propres moyens »²⁶².

110. Bref, le « savoir-faire » tel qu'on l'entend en droit français, ou le « secret d'affaires » tel qu'il est prévu par les textes vietnamiens ont des points essentiels communs : il s'agit des informations gardées secrètes par le détenteur et qui peuvent procurer un avantage à l'utilisateur. Il convient de dépasser des définitions pour examiner les critères de validité du savoir-faire dans le contexte de la franchise.

§ 2. Critères de validité du savoir-faire

111. Plan. La conception classique du savoir-faire (A) ne reflète pas le rôle que celui-ci joue dans la franchise. Le savoir-faire, mis au service de l'intérêt commun, doit répondre à des conditions spécifiques à la franchise (B).

A. Critères classiques

112. Division. Pour être retenu, le savoir-faire doit satisfaire plusieurs conditions. Seront examinés les critères les plus importants : confidentiel (1), identifiable (2) et transmissible (3).

1.- Un savoir-faire secret

113. En droit vietnamien, il est clair que le savoir-faire ou « secret d'affaires », comme son nom l'indique, doit être secret²⁶³. « Secret » signifie qu'il n'est pas généralement connu ni facilement accessible²⁶⁴. Le fait pour le savoir-faire de ne pas être « facilement accessible »

²⁶⁰ CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD, 1975, III, 323.

²⁶¹ Cass. com., 1^{er} juill. 2005, pourvoi n° 01-12699.

²⁶² Cass. com., 9 oct. 1990, préc.

²⁶³ Art. 4.23 de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005.

²⁶⁴ Art. 84 de ladite loi.

implique que son détenteur doit le protéger par ses propres moyens²⁶⁵. Mais que doit-on entendre par « généralement connu » ? Le secret d'affaires doit-il être inconnu du franchisé ou également méconnu des tiers ? Toutes les informations composant le secret d'affaires doivent-elles être inconnues ou seulement les informations les plus importantes ? Si on admet que seules les informations les plus importantes du savoir-faire doivent être inconnues du public, la question sera alors de savoir quelles sont ces éléments les plus importants. Le droit vietnamien est muet quant à ces questions.

Puisque c'est le caractère secret qui donne aux informations une utilité commerciale, le législateur vietnamien exige que le détenteur du secret d'affaires mette en œuvre « des procédés nécessaires pour le rendre difficilement accessible et pour qu'il ne soit pas divulgué ». Une telle exigence doit être saluée en ce sens qu'elle assure au franchisé la confidentialité du savoir-faire tout en sanctionnant les éventuelles négligences du franchiseur dans la protection du secret d'affaires qu'il met au service de l'intérêt commun. Si le savoir-faire est connu publiquement, le franchisé pourra résilier le contrat de franchise sur le fondement de l'article 287 de la loi commerciale de 2005 et de l'article 16 du décret n° 35 portant application de cette loi.

114. En droit français, le juge apprécie le secret du savoir-faire selon les indications des Règlements européens. En effet, l'article 1-3-g du Règlement 1988, précisait que « cette notion {secret} ne doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doive être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur ». L'article 1-f du Règlement de 1999 souligne, quant à lui, que « secret signifie que le savoir-faire dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants n'est pas généralement connu ou facilement accessible ». Le nouveau Règlement de 2010 a repris les mêmes termes en énonçant que « secret signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ».

115. Le caractère secret du savoir-faire (appréciation). Selon la jurisprudence française, le vocable « généralement connu ou facilement accessible » doit s'apprécier en fonction de l'état des connaissances du destinataire de la communication. Il en a ainsi été jugé par la Cour de cassation dans son premier arrêt sur le savoir-faire rendu le 13 juillet 1966. En l'espèce,

²⁶⁵ Art. 10 de ladite loi.

une société bénéficiaire d'une transmission d'un procédé de fabrication de boutons de polyester nacré a cessé de verser les redevances convenues au prétexte que la technique révélée était connue des tiers. La Cour a rejeté ses prétentions au motif qu' « en révélant à un industriel des procédés encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son cocontractant un avantage appréciable dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevances »²⁶⁶.

2.- Un savoir-faire identifiable

116. Exigence européenne. Si le franchiseur peut communiquer son savoir-faire au franchisé, c'est parce que celui-ci est transmissible. De même, si le savoir-faire est transmissible, il doit être identifiable. En d'autres termes, le caractère identifiable du savoir-faire conditionne sa transmissibilité. Malheureusement, ni le législateur vietnamien ni son homologue français ne prévoient l'identifiabilité du savoir-faire, alors même que son identification joue un rôle à la fois opérationnel et judiciaire dans l'administration de la preuve. Là aussi, ce sont les textes européens qui donnent des précisions. En effet, le Règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 exige que le savoir-faire soit « décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité »²⁶⁷.

117. Identifiabilité du savoir-faire (appréciation). Le savoir-faire doit être décrit le plus clairement possible de manière à ce que le franchisé puisse le comprendre. En l'absence de supports de transmission du savoir-faire, il appartient au franchiseur de prouver l'existence de son savoir-faire et sa communication aux franchisés. Mais en présence de ces supports et de la justification de leur remise aux franchisés, c'est au franchisé qui se plaint de la pertinence du savoir-faire d'apporter la preuve de son défaut d'originalité, de spécificité et d'expérimentation. Aussi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 9 mars 1990, celle-ci a rejeté l'argumentation des franchisés reposant sur l'absence

²⁶⁶ Cass. com., 13 juill. 1966, Bull. civ. n° 358 ; JCP 1967 II. 15131, note P. DURAND. Les juges du fond ont suivi la position de la Cour de cassation. Il a ainsi été décidé qu'il n'était pas nécessaire que chaque élément du savoir-faire soit totalement méconnu. Cf. CA Versailles, 9 déc. 1987, Cah. dr. entr. 1988, p. 42 ; CA Dijon, 10 oct. 1990, LPA, 21 déc. 1990, n° 153, p. 34 ; CA Paris, 16 avril 1991, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. FERRIER.

²⁶⁷ Art. 1 g)

du savoir-faire en notant que « les intimés ne contestent toutefois pas sérieusement que la documentation, sous forme de manuels énumérés au contrat, leur a été fournie... »²⁶⁸.

Le savoir-faire doit donc être identifiable. Mais encore faut-il qu'il soit transmissible.

3.- Un savoir-transmissible

118. Les législateurs des deux pays sont muets sur ce point. En France, l'appréciation de la transmissibilité et du moment de la transmission du savoir-faire relève du pouvoir souverain du juge.

119. Transmissibilité du savoir-faire (appréciation). Conformément à la jurisprudence française, que la transmissibilité du savoir-faire signifie qu'il n'est pas lié à l'aptitude particulière du franchiseur²⁶⁹. De son côté, le franchisé-récepteur doit être apte à recevoir ce savoir-faire. Dans certains cas, le franchiseur exige du candidat-franchisé une certaine expérience, voire des diplômes²⁷⁰.

120. Transmission du savoir-faire (moment). La transmission du savoir-faire est une obligation à caractère successif. Le savoir-faire doit tout d'abord exister et être transmis dès la signature du contrat. Les tribunaux français exigent que cette bible soit remise dès le début du contrat, faute de quoi le savoir-faire ne serait pas considéré comme transmis. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé que l'absence de transmission du savoir-faire par un franchiseur constitue une faute grave justifiant la nullité du contrat à ses torts exclusifs. En l'espèce, aux termes d'un contrat de franchise, un franchiseur s'était engagé à transmettre à son franchisé un savoir-faire immédiatement après la conclusion du contrat. Or, un laps de temps important

²⁶⁸ CA Colmar, 9 mars 1990, *D.* 1990, n° 16, p. 232, note J.-J. BURST. De même, a été rejetée la demande des franchisés basée sur l'absence du savoir-faire à cause de sa banalité. Il a ainsi jugé que « le recueil remis lors de la signature des contrats aux sociétés franchisées {...} renferme une somme considérable d'instruction et de recommandations composée de fiches techniques constamment mises à jour et qui traitent de l'aménagement du magasin, de son éclairage, de son chauffage, sonorisation et de l'équipement intérieur et extérieur du matériel de vente, des techniques de dispositions des marchandises et de vente, de la préparation de l'ouverture, de la publicité, de la gestion, de l'administration et de la sécurité ; que le détail et le caractère pratique des conseils prodigués révèle manifestement une expérience de la vente très poussées et un souci d'orienter le franchisé d'une manière très affinée ». Cf. CA Montpellier, 4 janv. 1990, *RDPL*, n° 28, 1990, p. 48, aff. RG et associés et autres c/SA LA FOIR FOUILLE.

²⁶⁹ CA Paris, 24 janv. 1975, *PIBD* 1975. 154. III. 323

²⁷⁰ Par exemple, le franchiseur Galien Pharma exige que les franchisés soient pharmaciens, alors qu'Aptech (un franchiseur indien) ne franchise son concept qu'à des sociétés spécialisées dans les logiciels.

s'est écoulé depuis la signature du contrat sans que le franchiseur n'ait fourni au franchisé des documents techniques indispensables à la bonne exploitation du savoir-faire. Le franchisé l'a alors assigné en nullité du contrat. Devant la Cour d'appel de Paris, le franchiseur a argumenté qu'il avait fourni au franchisé une formation technique nécessaire à la mise en place du savoir-faire. Son argument a toutefois été rejeté par les juges parisiens, Selon la Cour, la formation technique ne permettait pas à remédier à la défaillance de transmission du savoir-faire. Elle demeurait d'ailleurs « au stade empirique et était insuffisante pour assurer la mise en place et l'animation d'un véritable réseau de franchise »²⁷¹.

Il convient maintenant de dépasser les critères de validité d'un savoir-faire classique valable dans tous les domaines pour analyser les critères de sa validité en tenant compte des caractéristiques propres de la franchise.

B.- Critères liés à la réitération de la réussite

121. Division. La franchise est caractérisée par une forte homogénéité. Comme un auteur l'a remarqué « un bon réseau de franchise, c'est celui qui a une homogénéité aussi forte que les consommateurs sont incapables de distinguer d'un point de vente à l'autre, sauf leur emplacement géographique »²⁷². Le franchiseur doit donc savoir se distinguer²⁷³ des autres concurrents s'il veut survivre dans un contexte de concurrence féroce. Et si l'on considère que la franchise est la réitération d'une réussite, le franchiseur doit avoir un « savoir-réussir » qui consiste en un « savoir-se distinguer » (1) et un savoir-s'adapter » (2).

1.- Un « savoir-se distinguer »

122. Ce « savoir-se distinguer » consiste en un savoir-faire original (a) et un savoir-faire substantiel (b).

²⁷¹ CA Paris, 10 mars 1989, Gaz. Pal. 1989, jurispr. p. 544. A également été sanctionné le retard de la transmission du savoir-faire par le tribunal de commerce de Paris qui a prononcé la nullité d'un contrat de franchise à cause de la transmission par le franchiseur de son savoir-faire plus d'un an après la signature du contrat et postérieurement à l'ouverture des points de vente des franchisés. Cf. T. com. Paris, 31 mai 1988, RDPI 1988, n° 28, 96.

²⁷² VU Dang Hai Yen, *op. cit.*, p. 123.

²⁷³ J. TROUT et S. SVIKIN, *Differentiate or Die. Survival in Our Era of Killer Competition*, John Wiley & Sons, Inc. 2008.

a) Un savoir-faire original

123. En droit vietnamien, l'article 84 de la loi sur la propriété intellectuelle précise que le secret d'affaires, pour être retenu, doit porter sur des connaissances « non-ordinaires ». Est-ce que « non-ordinaire » veut dire « original » ? Rien n'est moins sûr. L'absence de jurisprudence ne permet pas d'avoir une réponse claire.

124. En France, pendant longtemps, les juges ont cherché à apprécier l'originalité du savoir-faire du franchiseur afin de valider ou d'invalider certaines clauses, telles que la non-concurrence, la clause d'exclusivité d'approvisionnement, voire les contrats de franchise eux-mêmes. Ainsi, dans un arrêt du 9 juin 1982, la Cour d'appel de Colmar a statué qu' « un contrat de franchise doit comporter la mise à disposition du franchisé par le franchiseur d'un nom commercial, de signes et symboles, d'une marque ainsi que d'un savoir-faire original et spécifique et exploité suivant des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées »²⁷⁴.

De même, dans un arrêt du 10 mai 1994, la Cour de cassation²⁷⁵ a approuvé une cour d'appel qui avait annulé un contrat de franchise pour absence de cause. En l'espèce, le franchiseur avait remis au franchisé « un ouvrage de quatre cent pages comprenant des « recettes commerciales », un rappel des règles comptables et juridiques élémentaires, des modèles de correspondance sans particularité notable ainsi que la reproduction de textes applicables en matière de réglementation du crédit et de démarchage financier. Aux yeux du juge suprême, un tel document ne présente pas un caractère d'originalité suffisant pour considérer que le franchiseur a pu transmettre au franchisé un savoir-faire constitutif d'un avantage commercial.

Certains tribunaux ont cependant reconnu la validité du savoir-faire dépourvu d'originalité. Ainsi, dans un arrêt du 18 juin 1992, la Cour d'appel de Paris a validé un contrat de franchise « peu importe l'absence d'originalité des produits dès lors qu'aucune disposition

²⁷⁴ CA Colmar, 9 juin 1982, *D.* 1982, 553, note J.-J. BURST.

²⁷⁵ Cass. com., 10 mai 1994, pourvoi n° 92-15834, *RJDA* 1994/10, n° 1016. Dans le même sens : Cass. com., 9 oct. 1990, préc. ; Cass. com., 24 mai 1994, *Contrats, conc. cons.*, 1994, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 30 janv. 1996, *JCP E* 1996, II, 825, note C. JAMIN ; *RJDA* 1996, n° 775 ; CA Paris, 14 avr. 1995, *Juris-Data* n° 1995-021571.

ne limite à certains produits ou services l'objet des contrats de franchise »²⁷⁶. La Cour d'appel de Versailles a statué le 4 juillet 1996 dans le même sens au motif que la marque du franchiseur était notoire. Celle-ci a en effet validé un savoir-faire en relevant que « le franchiseur qui, d'une part, mettait à la disposition du franchisé les produits sélectionnés de sa marque d'une notoriété incontestable et conditionnés spécialement et qui, d'autre part, délivrait à celui-ci des conseils adaptés pour la vente de ces produits, avait satisfait à ses obligations en ce qui concerne la transmission du savoir-faire, même si ces conseils ne présentaient aucun caractère original »²⁷⁷. Il résulte de cette décision que la notoriété de la marque pourrait compenser le manque d'originalité du savoir-faire.

125. Changement de modalité d'appréciation. Les modalités d'appréciation ont donc changé. Si pendant les années 1970, les tribunaux appréciaient l'originalité du savoir-faire *in abstracto* sans tenir compte de la personne du franchisé²⁷⁸, ils le font aujourd'hui *in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte des rapports franchiseur-franchisé. La pratique montre qu'un savoir-faire peut être constitué d'éléments qui, pris individuellement, sont relativement banals, mais dont la somme constitue un tout présentant des caractères d'originalité. Deux arrêts confirment ce propos.

126. Originalité du savoir-faire (moment de l'appréciation). Le premier arrêt a été rendu par la Cour d'appel de Colmar du 9 juin 1982²⁷⁹. La Cour a adopté une analyse pragmatique selon laquelle l'originalité ne s'apprécie pas en fonction du produit ou service, mais de l'ensemble du concept tout en tenant compte de la personnalité du franchisé. En l'espèce, un franchisé a demandé la nullité du contrat en soulevant que le savoir-faire n'était pas original. Par jugement du 4 mai 1979, le Tribunal de grande instance de Strasbourg a fait droit à sa demande. La Cour d'appel de Colmar a toutefois infirmé la décision en rappelant que c'était pour éviter de « poursuivre des recherches et des expériences personnelles » et afin

²⁷⁶ CA Paris, 18 juin 1992, JCP E 1992, n° 1261. Dans le même sens : Cass. com., 29 avr. 1997, pourvoi n° 95-10362, D. 1998, somm. p. 338, obs. D. FERRIER ; CA Nîmes, 14 févr. 2006, LPA, 9 nov. 2006, p. 21, n° 49 ; CA Paris, 8 mars 1996, D. 1996, p. 108.

²⁷⁷ CA Versailles, 4 juill. 1996, Juris-Data n° 1996-043384 ; LPA 7 janv. 1998, n° 3, p. 14, note Y. MAROT.

²⁷⁸ Ainsi, le TGI de Bressuire (19 juin 1973, D. 1974, p. 105, note BORIES) a sanctionné un franchiseur en estimant que les procédés qu'il préconisait, étaient du domaine public et n'avaient rien de « spécifiquement originaux ». Le tribunal de commerce de Pontoise est allé encore plus loin en estimant que le caractère d'originalité est inséparable du procédé objet de la franchise, il exigeait que le franchiseur soit propriétaire d'une ligne de produit originaux. T. com. Pontoise, 17 juin 1986 ; Cah. Dr. Entr. 1988/2, p. 40 note J.-J BURST. Dans le même sens : CA Paris, 29 sept. 1992, D. 1995, somm. p. 76, obs. D. FERRIER.

²⁷⁹ Préc. Note n° 275.

« d'acquérir immédiatement un savoir-faire dont il ignorait tout », que le franchisé s'était adressé au système du franchiseur. C'est donc l'état initial antérieur à la communication des connaissances du franchisé qui doit être pris en compte pour apprécier l'originalité du savoir-faire.

127. Originalité du savoir-faire (modalité de l'appréciation). Dans le second arrêt rendu le 26 février 1993 par la Cour d'appel de Lyon, celle-ci a statué que l'originalité du savoir-faire devait s'apprécier *in concreto* « compte tenu notamment de l'inexpérience du candidat franchisé ». Elle a ajouté que « les documents représentatifs du savoir-faire ne doivent pas être examinés avec dérision et de manière caricaturale »²⁸⁰. En effet, pour invalider le savoir-faire pour défaut d'originalité, les premiers juges ont cité certains extraits des manuels de savoir-faire, tels que par exemple : « la nécessité de nettoyer le magasin ; d'allumer et d'éteindre la lumière ; de présenter de manière alléchante la marchandise ; de décorer les vitrines ; de prévoir, pour le 14 juillet, des verres remplis de liquides bleu, blanc, rouge, de se procurer une corbeille à papier, de la ficelle, un cendrier, 2 paires de ciseaux ; d'accueillir et de saluer les clients en souriant, etc...». Selon les premiers juges, il s'agit là de conseils dépourvus de toute originalité et d'utilité. Cet argument n'a pas emporté la conviction des juges lyonnais qui ont considéré que « si, en effet, certains conseils n'étaient que des observations de bon sens, dont le rappel n'était sans doute pas inutile à des candidats tels que M. Battavoine qui dit avoir été à l'époque dépourvu d'expérience des affaires, les seize fascicules constituant le « paquetage » contenaient également de nombreuses informations et recommandations portant sur des sujets très divers et dont M. Battavoine ne conteste pas le caractère sérieux ».

En définitive, l'originalité doit être une condition de validité du savoir-faire et doit s'apprécier en considération de la personne du franchisé. Comme l'a justement rappelé la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 10 mai 1994 : « la nouveauté et l'originalité du savoir-faire transmis par le franchiseur ne s'apprécient pas de manière objective, dans l'absolu, mais de manière relative dans la personne du franchisé,

²⁸⁰ CA Lyon, 3^{ème} ch. 26 févr. 1993, LPA, 3 août 1994 n° 92, note Y. MAROT. Dans le même sens : CA Montpellier, 27 nov. 2008, Juris-Data n° 2007-353372 ; CA Paris, 21 janv. 2009, RG n° 06/11392, 13 nov. 2009, n° 227, p. 41, n° 97 ; CA Paris, 12 janv. 1994, RJDA 1994, n° 795 ; CA Paris, 20 déc. 1995, D. affaires 1996, p. 268 ; CA Aix-en-Provence, 30 nov. 1995, Bull. Aix-en-Provence 1995, n° 2, p. 266, obs. P. LAURENT.

qu'elles doivent être considérées comme établies dès lors que les informations du franchiseur étaient ignorées du franchisé et, par conséquent, utiles pour lui »²⁸¹.

Mais l'originalité ne suffit pas en elle seule pour valider le savoir-faire étant donné que le but de la franchise est la répétition d'une réussite. Pour parvenir à cet objectif, encore faut-il que le savoir-faire soit substantiel.

b) Un savoir-faire substantiel

128. Substantialité du savoir-faire (en droit vietnamien). Si l'exigence de l'originalité du savoir-faire dans un contrat de franchise se prête à des discussions, sa substantialité est clairement obligatoire. En droit vietnamien, les rédacteurs de la loi sur la concurrence de 2004 et de loi sur la propriété intellectuelle de 2005 s'accordent à dire qu'un savoir-faire substantiel est celui qui confère à son détenteur un avantage concurrentiel par rapport à ceux qui ne l'ont pas ou ne l'utilisent pas²⁸². La substantialité du savoir-faire signifie donc son pouvoir d'avantager celui qui l'utilise. En d'autres termes, ne peut être considéré comme substantiel un savoir-faire qui ne permet pas à son détenteur d'en tirer profit. Cette conception pragmatique existe également en droit français.

129. Substantialité du savoir-faire (en France). Selon le Règlement européen du 30 novembre 1998, le caractère substantiel du savoir-faire implique qu'il doit « inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière ». Le Règlement énonce en outre que le savoir-faire doit être « utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché ». Le nouveau Règlement de 2010 a adopté une nouvelle conception de la substantialité du savoir-faire en précisant que « substantiel » se réfère à un savoir-faire qui est « significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente

²⁸¹ Cass. com., 10 mai 1994, pourvoi n° 92-15834.

²⁸² Art. 10-c de la loi sur la concurrence de 2004 ; Art. 84, al. 2 de loi sur la propriété intellectuelle de 2005.

des biens ou des services contractuels »²⁸³. Cette conception est moins contraignante pour le franchiseur.

130. Substantialité du savoir-faire (appréciation). Certains tribunaux ont privilégié le critère de la substantialité du savoir-faire par rapport à celui de son originalité. En effet, dans un arrêt du 10 octobre 1990, la Cour d'appel de Dijon a validé un savoir-faire alors même que celui-ci était « décrit dans trois « bibles » versées au débats, l'une de 76 pages consacrée aux méthodes de bio régulation, la deuxième de 67 pages concernant les soins capillaires, la troisième de 85 pages relative aux soins du visage et du corps et aux cures marines... » Elle a considéré que le franchiseur a rempli ses obligations en matière de transmission de savoir-faire... même si « certaines méthodes ou certains conseils relevaient de simple bon sens ou consistaient à reproduire les notices d'utilisation établies par les fabricants de produits fournis »²⁸⁴.

Il apparaît que la substantialité du savoir-faire, tout comme l'originalité, est une question relative en fonction des connaissances préalables du franchisé. La Cour d'appel de Dijon a souligné à cet égard dans un arrêt du 10 octobre 1990 que même les conseils les plus simples peuvent être substantiels dès lors qu'ils peuvent être profitables aux franchisés dépourvus d'expérience. De même, dans une espèce récente, la Cour de cassation a validé un savoir-faire qui « mêle synthèse et emprunts », mais qui « constitue cependant un outil de travail permettant de transmettre aux franchisés adhérents des informations nécessaires à l'exercice de la profession d'esthéticienne, tant en termes de règles de travail applicables et de techniques et protocoles professionnels que d'argumentaires de marketing et de vente »²⁸⁵.

131. Sanction d'un savoir-faire non substantiel (en droit vietnamien). Une fois qu'il découvre que le savoir-faire du franchiseur ne l'avantage pas, le franchisé peut tenter de résilier le contrat sur le fondement de l'art. 16, al. 1 du décret n° 35 qui prévoit que « Le franchisé peut résilier le contrat de franchise en cas de non-respect par le franchiseur des prescriptions de l'article 287 de la loi commerciale ». L'art. 287, al. 4 de cette loi impose en effet au franchiseur de « garantir les droits de propriété intellectuelle entrant dans l'objet du contrat de franchise », en l'occurrence la marque et le savoir-faire. Cela signifie qu'il doit

²⁸³ Art. 1-g. du Règlement d'exemption n° 330/2010.

²⁸⁴ CA Dijon, 10 oct. 1990, LPA, 21 déc. 1990, n° 153, p. 34.

²⁸⁵ Cass. com., 18 oct. 2011, pourvoi n° 10-30871.

respecter toutes les prescriptions de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005 relatives au savoir-faire et à la marque. Or, selon l'art. 84, al. 2 de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005, le savoir-faire doit être substantiel. En d'autres termes, il doit contenir des éléments suffisamment importants pour pouvoir avantager le franchisé. Si la substantialité du savoir-faire exigée par la loi sur la propriété intellectuelle est salubre, on ne peut approuver la faculté donnée au franchisé de résilier le contrat prévue par la loi commerciale. Un savoir-faire dépourvu de substantialité ne peut ni avantager le franchisé, ni lui permettre d'atteindre l'objectif poursuivi. La nullité du contrat doit être alors prononcée. En France, il est de jurisprudence constante que la non-substantialité du savoir-faire conduit à la nullité du contrat pour absence de cause.

132. Sanction d'un savoir-faire non substantiel (en droit français). Un contrat de franchise dont le savoir-faire n'est pas substantiel est susceptible d'être annulé ou requalifié. Aussi, la Cour d'appel de Paris a décidé dans un arrêt du 7 juin 1990 qu' « il ne peut y avoir de franchise que si le franchiseur possède et met à la disposition du franchisé son savoir-faire propre, original et substantiel ». Pour fonder la nullité prononcée aux torts du franchiseur, les juges parisiens ont retenu que le savoir-faire ne peut se résoudre en la simple sélection d'articles suivie de leur référencement par le franchiseur. Celui-ci n'a pas pu démontrer que ses critères de référencement des produits présentent un caractère technique ou spécifique. Le contrat litigieux, selon la Cour, ne pouvait donc pas être regardé comme un contrat de franchise²⁸⁶.

Il a été de même jugé que « le défaut d'information du franchisé sur les conditions d'exercice de la franchise d'une part, et la carence dans la formation du franchisé au concept de la franchise en vue de la transmettre à des sous-franchisés d'autre part, constituent des défaillances imputables au franchiseur qui n'ont pas mis le franchisé en mesure d'apprécier les qualités substantielles de ce sur quoi il allait s'engager. Le contrat de franchise est donc frappé de nullité pour erreur sur les qualités substantielles »²⁸⁷.

133. En définitive, en droit français comme en droit vietnamien, le caractère substantiel du savoir-faire constitue à juste titre le critère le plus important de sa reconnaissance et de sa

²⁸⁶ CA Paris, 7 juin 1990, *D.* 1990, p. 176.

²⁸⁷ CA Lyon, 24 janv. 2008, RG n° 06/07033.

validation. Les deux systèmes convergent également sur le point qu'un savoir-faire substantiel est celui qui avantage son détenteur. En ce qui concerne les conséquences de la non-substantialité du savoir-faire, le droit vietnamien prévoit la résiliation du contrat de franchise, alors qu'en droit français la nullité pourrait être prononcée. La solution française semble plus adéquate en ce sens qu'un défaut survenu au moment de la formation du contrat qui ne permet pas au franchisé d'atteindre le but recherché, doit être sanctionné par la nullité et non par la résiliation qui sanctionne l'inexécution d'un contrat valablement formé.

2.- « Un savoir-s'adapter »

134. Afin de permettre au franchisé de réitérer la réussite, il faut que le franchiseur fournisse à son franchisé un savoir-faire qu'il a déjà testé avec succès (a). Il doit également actualiser son savoir-faire compte tenu de l'évolution du marché (b).

a) Un savoir-faire testé

135. Ancienneté (au Vietnam). Le savoir-faire du franchiseur résulte essentiellement de son expérience. Le droit vietnamien impose alors que le franchiseur ait au moins une année d'ancienneté dans le domaine qu'il entend franchiser et que son savoir-faire soit testé au moins un an avant la conclusion du contrat de franchise.

136. En France, il est de jurisprudence constante que la réalisation d'une ou plusieurs expériences pilotes est une condition essentielle de la validité d'un savoir-faire. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé dans un arrêt du 16 avril 1991 que « s'agissant d'une franchise de services dans un domaine où les connaissances utilisables sont à la portée de tous, c'est moins l'originalité et l'exclusivité des notions applicables aux situations étudiées qui constituent le savoir-faire concédé que l'expérience du franchiseur dans l'assemblage et l'exploitation des connaissances et des techniques à mettre en œuvre pour résoudre les difficultés rencontrées dans le service de la clientèle »²⁸⁸.

²⁸⁸ CA Paris, 16 avr. 1991, RJDA 1991, 8-9/91, n° 704. Dans le même sens : Cass. cr. 3 oct. 1996, pourvoi n° 95-85675. La Cour a rappelé que « les dispositions combinées de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 et de son décret d'application n° 91-337 du 4 avril 1991 obligent implicitement le franchiseur à avoir acquis une expérience préalable de l'exploitation du marché concerné ».

137. En définitive, l'expérience du franchiseur s'impose dans le contrat de franchise que ce soit en droit français ou en droit vietnamien. Au Vietnam, le franchiseur doit avoir testé son réseau au minimum un an avant de conclure le contrat de franchise. Cette expérimentation est, semble-t-il, un peu courte. En France, la durée de l'expérimentation n'est pas précisée. C'est au juge de la déterminer en se basant sur le temps nécessaire pour permettre au franchiseur de mettre au point le savoir-faire qu'il transmettra ensuite au franchisé. En effet, la Cour d'Agen²⁸⁹ a jugé dans un arrêt du 4 juillet 1968 que « l'expérience professionnelle de six mois du franchiseur est insuffisante pour lui permettre de conclure un tel contrat ». Cette appréciation pragmatique du juge français semble plus adéquate car la durée de l'expérimentation dépend de la technicité du savoir-faire et de l'activité considérée et non nécessairement de l'ancienneté. Elle doit s'apprécier au cas par cas et non dans l'absolu.

b) Un savoir-faire actualisé

138. Tout change avec le temps, le savoir-faire l'est aussi, d'autant plus qu'il s'agit d'un bien fluide. Le franchiseur doit donc actualiser son savoir-faire en tenant compte de l'évolution du marché, du goût des consommateurs, des nouvelles méthodes de ventes²⁹⁰ ... C'est ce savoir « faire du neuf avec l'ancien » qui permet d'éviter le risque de caducité et de garder toujours des avantages concurrentiels²⁹¹. Comme un auteur l'a justement remarqué, « l'obligation d'enrichir le savoir-faire après sa transmission est réelle. Elle est même essentielle »²⁹².

139. Exigence légale (au Vietnam). Prenant conscience de la nouveauté du marché vietnamien qui peut connaître de grandes mutations à l'heure de l'ouverture du pays à l'économie internationale, le législateur vietnamien impose au franchiseur de recycler son

²⁸⁹ CA Agen, 4 juill. 1968, Edidata 044300.

²⁹⁰ J.-M. LELOUP rappelle que tout système de franchise est menacé par le vieillissement, qui peut affecter la collection des produits, les goûts de la clientèle ou même le point de vente qui se démode. Cf. J.-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 272. L'auteur donne l'exemple de la franchise PRENATAL lancée en 1948 qui a connu des moments difficiles lorsque le « *baby boom* » s'est terminé. Aussi, s'agissant des robes de mariage, un responsable de Pronuptia signale que « l'évolution des mœurs a engendré une modification profonde dans le domaine du mariage. Les motivations et la cible ont changé et cela dans un laps de temps très court ». Un autre exemple concerne l'évolution des soins esthétiques : la cabine destinée aux soins a doublé de surface en dix ans pour le bien-être de la clientèle comme pour la commodité du personnel.

²⁹¹ D. FERRIER, « Franchise et savoir-faire », art. préc. p. 165. C'est d'ailleurs le meilleur moyen de protection contre les imitations.

²⁹² O. GAST, « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : « du savoir-faire au savoir-réussir », LPA, 3 nov. 1995, n° 132, p. 9.

secret d'affaires et d'informer ses franchisés de toutes les modifications qui en découlent²⁹³. Parfois, l'initiative de modification du secret d'affaires peut provenir de l'initiative des franchisés qui se trouvent en contact direct avec les clients. Cette possibilité est prévue par la circulaire n° 9 qui oblige le franchiseur à « préciser dans le contrat les conditions de l'amélioration du savoir-faire par le franchisé ». Il se peut toutefois que le franchisé ne communique pas au franchiseur l'ensemble des informations permettant de déterminer avec exactitude son résultat réel d'exploitation et donc sa marge brute. En ne renseignant pas suffisamment le franchiseur sur l'évolution des résultats, sur l'importance et la nature des ventes ou encore sur les réactions de la clientèle, le franchisé nuit aux intérêts du réseau. Il manquerait ainsi à son devoir de coopération, un des principes de base de toute relation contractuelle²⁹⁴, même en l'absence d'une clause expresse stipulée en ce sens.

140. Exigence jurisprudentielle (en France). Nombre de décisions rendues par les tribunaux ont retenu que le savoir-faire du franchiseur devait être « en permanente évolution » et « périodiquement recyclées »²⁹⁵. De même, la Commission européenne a précisé que « la société Yves Rocher transfère à ses franchisés un savoir-faire, {...} que ce savoir-faire {...} est constamment mis à jour en fonction des résultats, de l'expérience acquise par le franchiseur par le biais de la vente par correspondance et dans ses magasins pilotes »²⁹⁶. L'initiative de l'actualisation du savoir-faire peut également provenir du franchisé. En effet, dans la décision *Service Master*, la Commission européenne a validé la clause obligeant le franchisé à communiquer au franchiseur toute amélioration du savoir-faire, ce qui permet « d'améliorer l'efficacité du réseau de franchise Service Master en instituant un échange gratuit d'amélioration entre tous les franchisés »²⁹⁷. Une telle clause n'est pas abusive parce qu'elle vise à assurer l'intérêt commun du réseau.

141. Collaboration des parties dans l'actualisation du savoir-faire. Le franchiseur doit chercher constamment à actualiser son savoir-faire pour s'adapter de plus en plus aux goûts des consommateurs. De son côté, le franchisé doit participer à ce travail d'intérêt commun en

²⁹³ Art. 8, alinéa 2 du décret n° 35.

²⁹⁴ L'article 412 du Code civil vietnamien énonce dans son alinéa 2 que le contrat doit être exécuté « avec probité, dans un esprit de coopération, de la manière la plus profitable aux parties et dans le respect de la confiance mutuelle ».

²⁹⁵ CA Paris, 12 janv. 1994, RJDA 1994, n° 795.

²⁹⁶ JOCE n° L.38/49, 10 janv. 1987.

²⁹⁷ Comm. CE, 14 nov. 1988, JOCE Législation n° L.332/38 du 3 déc. 1988.

fournissant à son franchiseur les observations et les suggestions. Ce « *feed-back* » de l'information est important pour la vitalité du réseau du fait que ce sont les franchisés qui prennent contact direct avec les clients et qui peuvent de ce fait comprendre mieux leurs goûts. Il serait donc logique que tous les franchisés informent leur franchiseur de leur situation commerciale, financière et comptable afin que celui-ci soit en mesure d'apprécier l'efficacité et la rentabilité économique de chacun des membres du réseau²⁹⁸.

A cet effet, le franchiseur peut prévoir l'obligation pour le franchisé de lui communiquer toutes expériences acquises dans le cadre de l'exploitation de la franchise et de lui accorder une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience. Une telle obligation incombant au franchisé peut se justifier également par l'amélioration de la performance du groupe. Le franchiseur collecte des informations fournies par chacun de ses franchisés non pas pour lui-même mais pour pouvoir ensuite améliorer le concept dans la perspective de rehausser l'image de marque, ce qui est bénéfique à tous les membres du réseau. D'ailleurs, cette obligation est considérée par la Commission européenne comme « généralement nécessaire à la protection des DPI du franchiseur et, si elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sont également couvertes par le règlement d'exemption par catégorie »²⁹⁹. Le franchiseur peut prévoir également la récupération du bilan de chaque franchisé. Cette « mine d'informations »³⁰⁰ permet au franchiseur d'avoir une vue globale de la vitalité du réseau, ainsi que de la performance ou de la faiblesse de chaque franchisé. Le franchiseur pourra ensuite améliorer son concept, le tester puis le transmettre à ses franchisés.

L'actualisation du savoir-faire, dès lors qu'elle engendre un coût pour les franchisés doit se faire en étroite concertation avec eux. Après avoir testé cette actualisation sur son magasin pilote, le franchiseur doit convaincre ses franchisés de la nécessité de cette évolution. Il se peut toutefois que tous ne perçoivent pas cette nécessité de la même manière, d'autant que l'évolution du savoir-faire doit avoir des limites. Le franchiseur ne doit pas changer brutalement, ni unilatéralement de stratégie, ce qui conduit à des investissements insupportables pour les franchisés, rompant ainsi l'économie du contrat. Sans un « savoir-convaincre », le franchiseur verrait son réseau réduit. Ce fut en effet le cas du réseau de cafétérias TRUNG NGUYEN. Cette franchise a enregistré une croissance spectaculaire de nouvelles cafétérias sur l'ensemble du territoire vietnamien. Le réseau a toutefois connu une

²⁹⁸ R. FABRE, J.-E. SALES, P. BONNAFOUS et M.-P. BONNET-DESPLAN, *Franchisage, Formules*, J.-Cl. Commercial, contrats distribution, fasc. 577, 1988.

²⁹⁹ Point 45-d) des Lignes directrices 2010 sur les restrictions verticales 2010/C 130/01, JOUE 19 mai 2010.

³⁰⁰ L. BOUDOSSIÉ, « L'analyse du bilan des franchisés : source de performance pour tout le réseau », *Fr. Mag*, 30 sept. 2009.

chute de son chiffre d'affaires à cause de l'arrivée de nouveaux concurrents et du changement de goût chez les consommateurs. Le franchiseur a dû modifier son concept : non seulement la technique de préparation de la boisson a été modifiée pour s'adapter aux goûts des jeunes vietnamiens, mais encore la façon de présenter le produit est devenu « plus intellectuel ». Chaque cafétéria n'est plus un simple lieu où on peut boire du café. Elles sont devenues des « espaces de création »³⁰¹. Des modifications importantes dans l'habillement du personnel, dans la décoration ont ainsi introduites et ont entraîné par conséquent de grands investissements. Cela n'est pas sans poser de problème, car de tels changements ont pour conséquence la modification de l'économie du contrat. En vertu de l'article 423 du Code civil vietnamien, le contrat ne peut être modifié que du consentement mutuel des parties. Or, tous les franchisés peuvent ne pas partager le point de vue du franchiseur. Certains d'entre eux, déjà tombés en difficulté financière à cause du ternissement de l'image de marque qu'ils représentent, ne sont plus capables de mobiliser les investissements nécessaires pour la modification du concept. Dictés par la conduite traditionnelle selon laquelle un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, certains franchisés ont mis fin à leur contrat de façon amiable pour adhérer à d'autres réseaux. Dans de tels cas, les franchisés en France peuvent tenter une résiliation aux torts exclusifs du franchiseur avec demande de versement de dommages et intérêts.

142. En France, l'article 1134 du Code civil énonce dans son alinéa 2 que le contrat ne peut être révoqué que sur la base du consentement mutuel des contractants. Les changements unilatéraux modifiant l'équilibre du contrat entraînent sa résiliation aux torts exclusifs de leur auteur. La Cour d'appel de Paris a statué dans ce sens dans un arrêt du 15 septembre 2000. Elle a jugé que le franchiseur ne pouvait en cours de contrat modifier le système de commandes et imposer à son franchisé un nouveau système de distribution. En l'espèce, un contrat de franchise a été signé en 1986 entre la société Carroll (franchiseur) et la Valérie (franchisé) visant l'exploitation d'un système de distribution. Constatant que le réseau de franchise qu'il avait mis en place ne répondait plus aux exigences du marché, le franchiseur a instauré un nouveau mode de distribution reposant sur des contrats de dépôt. Le franchisé a alors assigné le franchiseur en résolution judiciaire du contrat. Les premiers juges ont rejeté sa demande au motif que « le franchiseur était libre de modifier son mode de distribution ». La

³⁰¹ DANG Le Nguyen Vu, propriétaire de la marque Café TRUNG NGUYEN. <http://www.trungnguyen.com.vn/cauchuyentrungnguyen.aspx>

Cour d'appel n'a pas critiqué ce motif mais a ajouté que le franchisé « était en droit jusqu'à l'expiration du contrat de franchise de bénéficier des prestations auxquelles la société Caroll s'était engagée selon l'article 4-2 du contrat de franchise conclu avec la société Valérie ». Il résulte de cette jurisprudence que le franchiseur est libre de modifier son concept. De son côté, le franchisé peut refuser d'appliquer cette modification et doit toujours bénéficier des prestations jusqu'au terme du contrat³⁰².

143. En définitive, la franchise, stratégie de réitération d'un succès, est une méthode d'exploitation et de rentabilisation du savoir-faire. Jouant un rôle indispensable dans la franchise, le savoir-faire doit satisfaire toutes les conditions de validité classiques que sont notamment secret, identifiabilité et transmissibilité. Il doit en outre répondre aux critères liés à l'intérêt commun résidant dans la franchise. On pourrait parler alors d'un « savoir-se distinguer » et d'un « savoir-s'adapter ». Le « Savoir-se distinguer » est une condition nécessaire pour drainer une clientèle, alors que le « savoir-s'adapter » assure la vitalité du réseau. Aussi, chaque maille du réseau doit s'investir dans l'amélioration du savoir-faire. Il s'agit là d'une conséquence logique de l'intérêt commun qui se trouve au cœur de la franchise. Cela justifie également l'obligation incombant au franchiseur de veiller à la bonne utilisation du savoir-faire par le franchisé en mettant en œuvre des mesures de contrôle.

Section 2 : La protection du savoir-faire

*Chaque sentinelle est responsable de tout l'empire*³⁰³

144. Si le franchiseur s'oblige à communiquer un savoir-faire substantiel au franchisé, il semble naturel que celui-ci soit tenu de l'utiliser à titre confidentiel. Au Vietnam, la confidentialité est considérée comme un corollaire logique de la communication. Aussi, le franchisé doit garder la confidentialité du savoir-faire même après l'expiration du contrat sans qu'aucune stipulation expresse ne soit nécessaire. Il n'en va pas de même en France où

³⁰² CA Paris, 15 sept. 2000, S.A.R.L. Valérie c/ S.A. Caroll International, LPA 9 juill. 2001, n° 135, p. 10.

³⁰³ Saint-Exupéry, *Terre des hommes*.

aucune disposition spécifique ne protège le savoir-faire du franchiseur (§ 1). Le recours aux techniques contractuelles est donc le seul moyen pour lui de protéger sa bible³⁰⁴.

145. Il conviendrait de noter également que la confidentialité ne suffit pas à elle seule pour protéger le savoir-faire. Encore faut-il que le franchisé l'exploite selon les normes prévues. Selon un auteur, il s'agit d'une obligation essentielle du contrat qui incombe au franchisé, au même titre que la transmission du savoir-faire par le franchiseur³⁰⁵. Il peut arriver cependant que certains franchisés aient du mal à se soumettre à la discipline collective imposée par le franchiseur. Il se peut même qu'afin d'optimiser ses investissements, un franchisé diminue la qualité des produits ou services offerts aux consommateurs. Pour ce faire, il peut, minorer les prix de vente à la clientèle et devenir donc plus concurrentiel par rapport aux autres franchisés du même réseau. Un tel comportement a été constaté chez un franchisé du réseau de restaurants *Pho 24*. Celui-ci a en fait diminué certains ingrédients du *pho* et n'a pas allumé le climatiseur selon les instructions du franchiseur³⁰⁶. Un autre franchisé du même réseau a baissé significativement le prix du bol de *pho* pour pouvoir vendre d'autres plats qui l'accompagne, sans accord préalable de son franchiseur³⁰⁷. Un tel comportement nuit non seulement au franchiseur, mais également à l'ensemble des franchisés du même réseau. L'intervention constante du franchiseur est donc nécessaire afin de remédier aux déviances et de préserver l'intérêt commun (§ 2).

§ 1. La protection du savoir-faire

146. Plan. « Les idées sont de libre parcours »³⁰⁸, les informations peuvent l'être aussi. L'air du temps étant à la transparence, non au secret, il n'est rien d'étonnant qu'aucun texte spécifique en France ne régit la protection du savoir-faire (A). Il n'en est pas de même au Vietnam où le savoir-faire est protégé par un ensemble de textes qui sont malheureusement peu efficaces à cause de leur caractère peu dissuasif (B).

³⁰⁴ La validité de l'engagement de confidentialité sera étudiée ultérieurement dans la partie portant sur les obligations survivant au contrat de franchise. V. *infra* n°513 et s.

³⁰⁵ F-L. SIMON, « Un an d'actualité juridique en droit de la franchise », LPA, 13 nov. 2009, n° 227, p. 53.

³⁰⁶ Le concept de *Pho 24* repose essentiellement sur l'assemblage de 24 ingrédients pour faire du plat, sur un service de 24 heures sur 24 et sur une décoration qui donne une impression de fraîcheur grâce aux couleurs vertes et bleues et à une température de 24 degrés C. Or, un franchisé a mis son climatiseur à 25 degrés C et non 24 degrés C comme précisé dans le cahier des charges. Le franchiseur lui a alors adressé une menace de résilier le contrat.

³⁰⁷ NGUYEN Khanh Trung, *op. cit.*, p. 244.

³⁰⁸ H. DESBOIS, *Le Droit d'auteur*, Dalloz, 1950.

A. L'absence de protection spécifique du savoir-faire en France

147. L'insuffisance du droit de propriété intellectuelle. Le Code de la propriété intellectuelle français protège les droits d'auteur sur toutes les œuvres de l'esprit, mais pas les idées que ces œuvres pourraient contenir. La jurisprudence est constante sur ce point³⁰⁹.

148. L'inapplicabilité du droit du travail. Le savoir-faire ne peut pas non plus bénéficier des dispositions du Code du travail, notamment l'article L. 152-7 de ce code. Celui-ci énonce que « le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ». Ne relève de ce texte que la connaissance réservée qui n'est pas encore entrée dans le domaine public, qui est dotée d'une certaine originalité et présentant un caractère industriel ou commercial, c'est-à-dire qui procure un avantage concurrentiel à son bénéficiaire³¹⁰. De plus, la divulgation doit émaner d'une personne liée par un contrat de travail ou ayant été liée par un tel contrat avec la victime du délit. Or, le franchisé n'est pas un salarié. Il est un commerçant indépendant qui exerce son activité en son nom et pour son propre compte.

149. L'inapplicabilité du droit de la concurrence. La protection du savoir-faire au titre de la concurrence déloyale n'est applicable qu'en ce qui concerne l'utilisation post-contractuelle

³⁰⁹ La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 14 févr. 1990 (RIDA juill. 1990, p. 357 ; D. 1990, IR p. 72), a statué qu'il est « normal qu'un ouvrage même de vulgarisation scientifique utilise des informations qui, une fois divulguées, sont dans le domaine public et qu'il en tire les mêmes enseignements que l'ouvrage antécédent, sans encourir le reproche de reproduction systématique en utilisant le langage propre à la matière traitée ». Dans un arrêt de principe rendu le 17 oct. 2000 (Bull. civ. I, n° 248), la Cour de cassation a rappelé que « la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». V. excluant catégoriquement la protection par le droit d'auteur de la fragrance d'un parfum, car celle-ci « procède de la simple mise en oeuvre d'un savoir-faire », Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006, pourvoi n° 02-44718, Bull. 2006 I n° 307, p. 267 ; Comm. com. électr. 2006, note C. CARON ; CA Paris, 14 févr. 2007, D. 2007, p. 735. V. toutefois P. le TOURNEAU et M. ZOÏA (*Les contrats de franchisage, op. cit.*, p. 219 et s.) qui recommandent une révision de cette conception traditionnelle. Selon ces auteurs, « Aujourd'hui, le débat porte sur des idées, des informations et des connaissances appliquées qui ont une valeur économique. Elles méritent d'être protégées lorsque les sept conditions sont réunies. Il faut que les idées soient extériorisées, individualisées, qu'elles résultent d'un travail créatif et arbitraire, qu'elles n'aient pas été intégrées dans le domaine public (originalité), qu'elles aient une valeur économique procurant un avantage concurrentiel, qu'elles ne soient pas nécessaires dans le domaine en cause, et qu'elles aient été utilisées sans autorisation par un tiers dans une activité lucrative, essentiellement commerciale ». V. également P. le TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », Comm. com. électr. 2001, p. 13.

³¹⁰ CA Paris, 12 avr. 2002, Comm. com. électr. 2003, n° 15, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

d'une information couverte par l'engagement de confidentialité. La théorie du parasitisme, quant à elle, suppose que l'information exploitée ait fait l'objet d'une captation irrégulière³¹¹. Or, l'acquisition du savoir-faire par le franchisé est régulière³¹².

150. Les règles de droit pénal ne permettaient pas de protéger le savoir-faire. Les incriminations classiques de vol³¹³, d'abus de confiance³¹⁴ et d'escroquerie³¹⁵ protègent davantage le support matériel de l'information que l'information elle-même. L'article 311 du Code pénal prévoit en effet en son alinéa premier que « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Selon un auteur³¹⁶, ce serait heurter le principe d'interprétation stricte de la loi pénale que d'étendre la qualification de vol aux pillages de bien incorporels. Quant à l'abus de confiance, en vertu de l'alinéa premier de l'article 314-1 dudit code, il est « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Pendant une longue période, la jurisprudence française interprétait cette disposition de façon restrictive. Ainsi, la chambre criminelle considérait que l'abus de confiance tel que défini à l'article 480 du Code pénal (actuellement devenu l'article 314-1) ne portait que sur les biens restituables³¹⁷. Or le savoir-faire consiste en des informations qui, une fois émises, restent dans la mémoire du récepteur. L'abus de confiance ne protégeait donc que les supports de l'information et non l'information elle-même. La jurisprudence récente cherche toutefois à étendre le champ d'application de l'abus de confiance aux biens immatériels. Il en est ainsi dans un arrêt rendu le 16 novembre 2011 par la chambre criminelle de la Cour de cassation. En l'espèce, une entreprise a poursuivi son ancien salarié pour abus de confiance. Selon elle, ce salarié, au lieu de chercher à augmenter

³¹¹ P. STOFFEL-MUNCK, « L'après-contrat », *in* « Durées et contrats », RDC 2004, p. 159.

³¹² CA Paris, 9 juin 1999, RJDA 1999, n° 1150, LPA, 20 mars 2000, p. 14, note N. REBOUL. Dans cette espèce, une personne travaillait pendant dix ans pour un cabinet de gérance et d'administration de biens. Il disposait d'un carnet d'adresses bien fourni et connaissait personnellement une part importante des clients de son employeur. N'étant pas tenu par une clause de non-concurrence, il démissionna pour créer son propre cabinet de gestion et l'indiqua à ceux de ses correspondants habituels qu'il connaissait le mieux. La plupart d'entre eux le suivirent. Les juges parisiens se sont bornés à énoncer qu'en l'absence d'une clause de non-concurrence, le salarié recouvre à l'expiration de ses fonctions une pleine et entière liberté qui l'autorise notamment à reprendre pour son compte une activité similaire et à utiliser le carnet d'adresses qu'il s'était personnellement constitué dans son ancien emploi, ce seul fait ne caractérisant pas une pratique illicite.

³¹³ Art.s 311-1 et 311-3 du Code pénal.

³¹⁴ Art.s 314-1 et 314-3 du Code pénal.

³¹⁵ Art. 313-1 du Code pénal.

³¹⁶ J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu », *in* « Renouveau du droit de propriété », Dr. et patr. 2001, n° 91.

³¹⁷ V. en ce sens : Cass. crim., 4 janv. 1968, pourvoi n° 67-91237, Bull. crim., n° 1 ; Cass. crim., 5 mars 1980, pourvoi n° 79-91966, Bull. crim., n° 81.

et fidéliser la clientèle dont il avait la charge, l'avait orientée vers une société concurrente. La cour d'appel d'Aix-En-Provence³¹⁸ a rejeté l'action introduite par l'entreprise au motif que la clientèle n'est pas un bien susceptible d'abus de confiance. Cette interprétation restrictive de l'article 314-1 du Code pénal a été censurée par la Cour de cassation qui a statué que « les dispositions de ce texte [art. 314-1 du Code pénal] s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation » et que « les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné »³¹⁹. Il est intéressant de noter que l'instruction n'a pas permis d'établir le moindre détournement de fichiers relatifs à la clientèle. Une partie de cette dernière a toutefois bien été attirée vers la société concurrente du fait de l'utilisation par le salarié poursuivi des informations qui lui avaient été confiées par son employeur. Il relève de cet arrêt que les informations confiées à autrui pour un usage déterminé sont protégées pour elles-mêmes, sans qu'il soit besoin de passer par le détournement de leur support³²⁰. Une extension de cette jurisprudence au savoir-faire semble souhaitable.

151. Force est de constater qu'aucun arrêt n'a été rendu en ce sens. Dans la pratique, le communicant cherche à se protéger lui-même en insérant dans le contrat, à la charge de son franchisé, une obligation de confidentialité. Cette obligation peut se justifier non seulement par l'intérêt propre du franchiseur, titulaire de l'information, mais encore par l'intérêt du réseau. Au Vietnam, une clause de confidentialité semble superfétatoire étant donné que le savoir-faire est protégé par l'ensemble des textes applicables. Il reste toutefois à examiner l'efficacité de ces protections.

B. La protection de la confidentialité du savoir-faire en droit vietnamien

1.- La diversité des protections

152. La protection de la loi commerciale. L'article 289 de la loi commerciale de 2005 prévoit dans son alinéa 3 que le franchisé doit « garder la confidentialité du savoir-faire qui lui a été concédé, même si le contrat de franchise a pris fin ».

³¹⁸ du 13 octobre 2010.

³¹⁹ Cass. crim., 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-87866, Bull. crim ; *D.* 2011, p. 2935, obs. M. LENA ; N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964.

³²⁰ N. THOMASSIN, art. préc.

153. La protection par le droit de la propriété intellectuelle. Toute personne qui divulgue le savoir-faire ou l'utilise sans l'autorisation de son détenteur tombe sous le coup de l'article 127-a et b de la loi sur la propriété intellectuelle qui considère, en dépit de l'absence d'engagement de confidentialité, comme atteinte aux droits sur les secrets commerciaux « l'accès aux renseignements constituant des secrets commerciaux ou l'acquisition de tels renseignements par un détournement des mesures de protection appliquées par la personne qui en a licitement le contrôle » et « la divulgation, l'utilisation de renseignements constituant des secrets commerciaux sans autorisation de leur titulaire ».

154. De même, **le droit de la concurrence** prohibe les pratiques de concurrence déloyale consistant à porter atteinte aux secrets d'affaires. L'article 41 de la loi sur la concurrence de 2004 interdit les pratiques consistant à « s'approprier des informations classées « secrets d'affaires » par un détournement des mesures de protection appliquées par le propriétaire légitime de ces informations »³²¹. Sont également prohibées les actes consistant à « divulguer, utiliser des informations classées « secrets d'affaires » sans autorisation de leur propriétaire »³²².

2.- La diversité des sanctions

a) La sanction instaurée par la loi commerciale

155. Quand la loi du silence est violée par le franchisé pendant l'exécution du contrat, le franchiseur peut résilier unilatéralement le contrat sur la base de l'article 16-2 du décret n° 35. Cette disposition lui donne le droit de « résilier unilatéralement le contrat de franchise dans l'hypothèse où la violation par le franchisé de ses obligations contractuelles affecte gravement le réseau de franchise ». Ainsi, la résiliation ne peut être basée sur le seul fait de la divulgation du savoir-faire. Le franchiseur doit rapporter la preuve de l'existence de la divulgation et de sa conséquence sur le réseau.

³²¹ Al. 1.

³²² Al. 2.

156. Allègement de la charge de preuve. Dans la pratique, il n'est pas facile à la victime de rapporter cette preuve. Compte tenu de l'importance du savoir-faire dans le commerce, la jurisprudence vietnamienne admet le versement de dommages-intérêts du seul fait de la violation d'une clause de non-concurrence. En effet, la clause de non-concurrence se justifie par la protection du savoir-faire. Dès lors, l'atteinte au savoir-faire peut être présumée s'il y a violation de la clause de non-concurrence. C'est dans ce sens que s'est prononcé le tribunal populaire de Duc Hoang du 9 décembre 2010, dans une affaire concernant l'utilisation du savoir-faire par un ancien salarié. En l'espèce, un salarié, lié à son entreprise par une clause de non-concurrence, a travaillé pour une autre société concurrence un mois après la résiliation unilatérale du contrat pour des raisons de santé. Son ancien patron l'a alors assigné en cessation immédiate du contrat avec la société concurrente et en réparation du préjudice causé. Les juges du fond ont fait droit à cette demande au motif que « M. Mohan Ram {le salarié} a été recruté à un poste d'expert qui lui permettait d'accéder au savoir-faire de la société Saitex. Ils ont ajouté que cette dernière pouvait justifier la protection de son savoir-faire par une clause de non-concurrence post-contractuelle. {...} ». Ils en ont conclu que si le salarié débiteur travaille pour une autre société concurrente, « la société créancière subira des pertes à cause de l'utilisation par le débiteur du savoir-faire qu'il a acquis pendant l'exécution du contrat »³²³.

Selon le tribunal, le créancier subit nécessairement des pertes dès lors que le débiteur « travaille pour une autre société concurrente » sans que le premier n'ait à démontrer un lien de causalité. Cette solution semble transposable à la franchise compte tenu du rôle essentiel que joue le savoir-faire dans ce type de contrat d'intérêt commun. En effet, la substantialité du savoir-faire est considérée comme une condition d'existence du savoir-faire, lequel, à son tour, est considéré comme une condition d'existence du contrat de franchise. Or, la substantialité du savoir-faire et sa capacité d'avantager l'utilisateur n'existent plus si ce savoir-faire est divulgué. On ne peut toutefois que regretter la fixation « infondée » par les juges du fond³²⁴ du montant des dommages-intérêts à « trois mois de salaires ».

³²³ Tribunal populaire de Duc Hoa, province de Long An, arrêt n° 09/2010/LD-ST du 10 déc. 2010. Le juge a déduit exactement qu'il y avait utilisation du savoir-faire par l'ex-salarié parce que celui-ci avait un diplôme de Master en chimie et que pendant l'exécution du contrat avec la société Saitex, il a été formé aux techniques de textiles-lavage, domaine dans lequel il a travaillé pour la nouvelle société concurrente.

³²⁴ DO Van Dai, *Le droit des obligations. Commentaires d'arrêts (Phap luat ve nghia vu dan su va bao dam nghia vu dan su-Ban an va binh luan ban an)*, éd. Politique Nationale, 2012.

b) Les sanctions du droit de la propriété intellectuelle

157. Diversité. Outre la résiliation sur le fondement de la loi commerciale, le franchiseur peut demander également que soient prononcées des sanctions administratives (i), pénales (ii) ou civiles (iii) en application des dispositions du droit de propriété intellectuelle.

i.) Sanction administrative

158. Subissant la divulgation du savoir-faire, le franchiseur peut demander, sur la base de l'article 199 de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005, au tribunal d'appliquer des sanctions administratives. L'avantage de ce recours administratif réside dans sa rapidité. Les modalités de la mise en œuvre et le montant de la sanction sont précisés par le décret n° 106 relatif aux sanctions administratives contre les atteintes aux droits de la propriété. Malheureusement, ce texte ne donne aucune indication sur le montant de la sanction administrative pour atteinte aux secrets d'affaires.

S'il est vrai que la sanction administrative présente peu d'intérêt au franchiseur en ce sens que l'amende revient à l'Etat, elle constitue toujours une lutte importante compte tenu de son caractère dissuasif et sa rapidité. Ce recours n'épuise d'ailleurs pas la possibilité de mettre en œuvre d'autres mesures. La victime peut tenter en même temps de poursuivre l'auteur de la divulgation pénalement ou civilement.

ii.) Sanction pénale

159. En matière de sanction pénale, l'article 199 de la loi sur la propriété intellectuelle donne au franchiseur la possibilité de demander au tribunal de prononcer des « mesures correctives » contre la personne qui a porté atteinte à ses droits de propriété intellectuelle. Ces « mesures correctives » peuvent consister en un contrôle à la frontière ou encore en une répression de nature administrative. Cette loi renvoie toutefois au code pénal pour tout ce qui concerne les modalités de la mise en œuvre de ces mesures. Vainement toutefois cherchera-t-on dans ce code des sanctions contre la divulgation ou l'exploitation illicite du secret d'affaires. Le nouveau Code pénal de 2009 ne prévoit que des sanctions contre l'usurpation illicite de la

marque et l'indication géographique. Il reste muet sur la divulgation du savoir-faire. La sanction pénale prévue par la loi sur la propriété intellectuelle n'est que fictive. Un amendement est donc nécessaire.

iii.) Sanction civile

160. Outre ces deux recours, le franchiseur peut demander à une autorité publique d'imposer à l'ex-franchisé « la cessation de la violation »³²⁵ et la « réparation du préjudice causé »³²⁶. S'il y a lieu, l'autorité publique compétente³²⁷ peut prescrire en référé des mesures conservatoires, des mesures de contrôle à la frontière et des mesures préventives conformément à la présente loi et aux autres législations y afférentes³²⁸.

161. Préjudice matériel. Aux termes de l'article 205 de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005, le montant des dommages-intérêts est « le total du préjudice matériel et, si le gain manqué du demandeur n'est pas pris en compte dans le calcul du préjudice matériel, tous bénéfices réalisés par le défendeur qui sont imputables à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle »³²⁹. Il peut être « le prix de licence qui aurait été dû si le défendeur avait obtenu l'autorisation du demandeur pour utiliser le droit de propriété intellectuelle en question »³³⁰. S'il est toujours impossible de déterminer le montant selon ces deux modes, le montant doit être fixé « par le tribunal selon le préjudice subi pour un montant qui ne peut être supérieur à 500 millions de dongs³³¹ »³³².

En pratique, il n'est pas facile au franchiseur de déterminer avec exactitude les pertes car celles-ci peuvent être futures. Or, c'est au moment du procès que le franchiseur doit déterminer ses pertes. C'est à cause de cette difficulté dans l'appréciation des pertes que le

³²⁵ Art. 202-1-a de la loi sur la propriété intellectuelle.

³²⁶ Art. 202-1-d de la loi sur la propriété intellectuelle.

³²⁷ Selon l'article 200-1 de ladite loi, par l'autorité publique compétente on entend « les juridictions, les services de l'inspection, de la gestion des marchés, de la douane, de la police ainsi que les comités populaires de différents échelons sont compétents, dans les limites de leurs missions et pouvoirs respectifs, pour sanctionner les atteintes au droit de propriété intellectuelle ». Seuls les tribunaux peuvent prendre des mesures correctives civiles et pénales (art. 200-2).

³²⁸ Art. 199-2 de la loi sur la propriété intellectuelle.

³²⁹ Ar. 205-1-a)

³³⁰ Ar. 205-1-b)

³³¹ Environ 17 000 euros.

³³² Ar. 205-1-c)

chef de réseau des cafétérias *TRUNG NGUYEN* n'a pas été en justice contre un ex-franchisé qui avait continué à utiliser la recette de préparation de café après l'expiration du contrat de franchise. Ce franchiseur a dû modifier son savoir-faire et ne communique plus à aucun de ses franchisés la totalité de sa nouvelle formule. Une personne chargée par ce franchiseur se déplace chez chaque franchisé pour parfaire le processus de préparation du café³³³.

Il résulte de cette disposition que si la victime demanderesse n'arrive pas à prouver le montant du préjudice matériel qu'elle a subi du fait de la divulgation du savoir-faire par son franchisé, il incombe au juge de déterminer ce montant. Il semble que cette mission n'est que fictive. Qui serait mieux placé pour déterminer le préjudice que la victime elle-même ? Si celle-ci n'arrive pas à le faire, le juge ne le pourra pas non plus. Une telle hypothèse conduit souvent à la condamnation à un euro symbolique par le juge français³³⁴.

162. L'absence de préjudice moral. Le franchiseur ne peut malheureusement pas demander la réparation de son préjudice moral. Celui-ci, selon l'art. 204-1-b de la loi sur la propriété intellectuelle de 2005, ne s'étend qu'aux dommages causés par une atteinte à l'honneur, à la dignité, à la notoriété et à la réputation de l'auteur d'œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, de l'artiste interprète ou exécutant, ou du créateur d'une invention, d'un dessin ou modèle industriel, d'un schéma de configuration ou d'une variété végétale, ainsi qu'aux autres atteintes incorporelles causés à ceux-ci. Il n'est pas applicable au savoir-faire. Cette absence de réparation du préjudice moral est regrettable car la mauvaise utilisation du savoir-faire par l'ex-franchisé pourrait causer des pertes importantes pour le franchiseur. On verra que tel n'est pas le cas en France où, outre l'indemnisation du créancier de la confidentialité pour la perte subie et le manque à gagner du fait de la révélation, l'atteinte à l'image de marque consécutive à la divulgation peut être aussi prise en compte par les tribunaux³³⁵. Cette jurisprudence est à approuver, car la révélation du savoir-faire ou son utilisation impropre à la franchise est susceptible de nuire gravement à l'image de marque, causant ainsi des pertes importantes pour le franchiseur et pour les autres franchisés.

³³³ PHAM Van Huong, *préc.*

³³⁴ Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-11313.

³³⁵ CA Paris 14 févr. 1997, JCP G, 1998, II, n° 10000, note B. FAGES.

c) *L'insuffisance de la sanction du droit de la concurrence*

163. Le droit de la concurrence, quant à lui, n'est pas d'un grand secours à cause de son caractère peu dissuasif. En effet, la seule sanction possible parmi la typologie des sanctions et des mesures réparatrices³³⁶ en droit de la concurrence est l'amende qui n'est que de 20.000.000 dongs, soit 680 euros, au maximum³³⁷.

164. En définitive, l'ensemble des textes spécifiques au Vietnam protège assez efficacement le savoir-faire, tandis que les textes français sont épars, vétustes, inadaptés et surtout trop restrictif³³⁸ pour pouvoir protéger cet élément indispensable de la franchise. En France, le franchiseur doit chercher à se protéger lui-même en recourant à des stipulations contractuelles adaptées. Par contre le droit français fournit des solutions intéressantes quant aux sanctions du non-respect de l'homogénéité du réseau.

§ 2. Le contrôle de l'homogénéité du réseau

165. La nécessité des normes. Pour chercher à comprendre ce que peut représenter pour les consommateurs vietnamiens une « franchise », un petit sondage a été fait auprès des jeunes, de 18 à 32 ans, en leur posant la question suivante : « qu'entendez-vous par *nhượng quyền thương mại*³³⁹ ? ». Très peu de gens ont donné une réponse exacte. Mais en reformulant autrement la question : « Qu'entendez-vous par *pho 24*³⁴⁰ ? », presque toutes les personnes interrogées ont pu donner une réponse correcte. Il s'agit d'un réseau de restaurants dont les

³³⁶ Selon l'article 117 de la loi sur la concurrence de 2004, pour chaque acte de violation de la législation sur la concurrence, son auteur se voit infliger l'une des sanctions principales suivantes : « avertissement, amende ». En fonction de la nature et de la gravité de la violation, l'auteur peut se voir appliquer en outre l'une des sanctions accessoires suivantes : « retrait du Certificat d'immatriculation au registre du commerce, privation du droit d'usage de l'autorisation ou du certificat d'exercice de la profession ; confiscation des pièces à conviction et des moyens ayant servi à la commission des infractions en matière de concurrence ». Outre ces sanctions, l'auteur de la violation peut se voir appliquer l'une des mesures réparatrices suivantes : « restructuration de l'entreprise ayant abusé de sa position dominante; scission ou détachement de l'entreprise résultant d'une opération de fusion par absorption ou par création d'entreprise nouvelle; revente de la part de l'entreprise achetée; publicité de la rectification ; radiation des clauses illicites du contrat ou des transactions ; d'autres mesures nécessaires pour remédier aux effets restrictifs de la concurrence ».

³³⁷ Art. 31 du décret 120/2005/ND-CP du 30 sept. 2005 relatif aux sanctions des infractions en matière de concurrence.

³³⁸ C. VANDENBUSSCHE, *Secret des affaires et informatique*, th. Paris I, 1990, n° 264.

³³⁹ Les mots signifient « franchise » en français.

³⁴⁰ Le premier réseau de franchise dans le domaine de la restauration au Vietnam qui vend du *Pho*, un plat traditionnel vietnamien.

décorations, les services et la qualité de *pho 24* sont les mêmes partout au Vietnam, que ce soit au Nord ou au Sud.

Cet exemple montre bien que l'identification visuelle de la franchise et son homogénéité jouent un rôle primordial dans l'attachement de la clientèle. Le franchiseur a en effet imaginé un concept qu'il a testé avec succès pour avoir une notoriété certaine avant de le franchiser à d'autres commerçants. Les consommateurs d'aujourd'hui savent ce que véhiculent les marques telles que *Yves Rocher*, *Mc Donal'ds*, ou *Trung Nguyen*. Quelque soit le lieu ils peuvent retrouver les mêmes prestations. Le franchiseur doit, pour répondre à cette attente, veiller à ce que l'image de sa marque s'étende à tous les membres du réseau. La seule façon d'y parvenir est de prescrire des normes, aussi nombreuses et détaillées que strictes, généralement dans un cahier des charges annexé au contrat³⁴¹.

166. Au Vietnam, dans un louable souci de permettre au franchiseur de prévenir les déviances comportementales des franchisés, le législateur accorde au franchiseur « le droit de contrôler le franchisé dans la gestion de ses activités commerciales »³⁴². Il laisse au franchiseur toute latitude d'introduire dans le contrat les normes, d'en fixer les modalités de contrôle et de prévoir des sanctions.

167. En France, doctrine³⁴³ et jurisprudence³⁴⁴ s'accordent à dire que le contrôle et l'assistance du franchiseur au sein de son réseau sont essentiels afin d'en garantir l'uniformité indispensable à sa réussite. Ce contrôle vise à garantir l'intérêt commun du réseau. Dans cette optique, le franchiseur élabore les normes consistant dans le choix de l'emplacement, la décoration de l'extérieur et de l'intérieur du magasin, les vêtements du personnel, les techniques de présentation des produits, le style de vente, les services après-vente et de maintenance, la gestion des stocks, la publicité... Mais, comme un auteur l'a justement remarqué, « qui dit normes et politique du réseau dit aussi contrôles. Et ceux-ci se justifient

³⁴¹ K. MCCORMICK GNUVA, *Le déséquilibre inhérent à la relation de franchise : étude comparative du droit français et du droit américain*, th. Nice-Sophia Antipolis, 1997, p. 24.

³⁴² Art. 284-2 de la loi commerciale de 2005.

³⁴³ D. LEGAIS, *Franchise*, J.-Cl com, Fasc. 316, 15 mars 2009 ; P. le TOURNEAU, art. préc. fasc. 1010 ; F.-L. SIMON, art. préc. n° 227, p. 45.

³⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 13 mars 1997, JCP 1999, IV, 2305 ; CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, Pronuptia : Rec. CJCE 1986, p. 353 ; PIBD 1986, III, p. 158 ; Gaz. Pal. 1986, 1, jurispr. p. 198 ; Comm. CE, déc. n° 87/14, 17 déc. 1986, Yves Rocher, JOCE 10 janv. 1987 ; PIBD 1987, III, p. 112.

encore par l'intérêt commun : qu'un de ses membres soit défaillant, le réseau pâtira globalement de l'altération de l'image de marque qui en résultera »³⁴⁵.

168. Plan. Le franchiseur doit donc être en mesure de vérifier que son franchisé respecte rigoureusement les normes prescrites (A) pour ainsi satisfaire son rôle de garant de l'intérêt de l'ensemble du réseau (B).

A. Le droit de contrôle

169. Les modalités de contrôle. Le franchiseur peut exercer son pouvoir de police par « des contrôles périodiques ou fortuits sur les activités du franchisé »³⁴⁶. Tout comme l'assistance, ces contrôles doivent être limités dans la sphère de la « réitération du concept et de l'assurance de la qualité des marchandises ou des services fournis »³⁴⁷.

Dans la pratique, le franchiseur peut exercer son droit de contrôle par tous moyens, sous condition de respecter l'indépendance de son franchisé. Il peut procéder par exemple à des inspections ou des diagnostics afin d'en déceler les faiblesses éventuelles et d'être à même d'y porter un prompt remède³⁴⁸. Pour cela, le franchiseur-inspecteur élabore des guides facilitant le diagnostic régulier du réseau et prévoit des sanctions contre les refus³⁴⁹. Certains franchiseurs, tels que Carrefour, détiennent une part substantielle du capital, au moins la minorité de blocage, dans la société franchisée³⁵⁰. D'autres exercent un contrôle sur les activités de l'ensemble du réseau grâce aux moyens d'information et de communication en imposant à tous les franchisés d'utiliser le même logiciel informatique de gestion³⁵¹.

³⁴⁵ P. le TOURNEAU, art. préc. fasc. 1010.

³⁴⁶ Art. 284-2 de la loi commerciale de 2005.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ CA Paris, 10 mai 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, p. 541, note C. JAMIN ; CA Paris, 11 juin 1992, *D.* 1992, p. 391, obs. D. FERRIER ; CA Paris, 14 févr. 1991, *D.* 1992, p. 392, obs. D. FERRIER.

³⁴⁹ La Cour de cassation a en effet fait droit au franchiseur qui avait résilié le contrat de franchise au motif que son franchisé avait refusé ses contrôles. La Cour a décidé que « ayant relevé que l'entrée du magasin de la société DSVB avait été refusée au représentant du franchiseur alors que celui-ci était venu pour exercer le contrôle de ses stocks, comme l'y autorisait le contrat de franchisage, la cour d'appel a fait la recherche prétendument omise ». Cf. Cass. com., 9 oct. 1990, pourvoi n° 89-13000. La résiliation peut intervenir même si le franchiseur avait connaissance du non-respect par le franchisé des normes du magasin à la suite de la visite de celui-ci pendant ses travaux d'aménagement. Cf. CA Bordeaux, 24 janv. 2007, RG n° 04/06594, in « Dossier spécial de la franchise », LPA, 15 nov. 2007, p. 35.

³⁵⁰ L. GUISEIX, « Rejoindre un réseau : quelle indépendance ? », *Fr. Mag*, 18 déc. 2007.

³⁵¹ TRUNG NGUYEN, Yves Rocher.

Messieurs BAGLIN et MALLERET³⁵², dans un travail sur les chaînes hôtelières, ont classé les mécanismes du contrôle en quatre catégories : le contrôle juridique (lien capitalistique ou obligations contractuelles...), le contrôle du produit ou du service (clients « mystère », inspections internes, audits externes, questionnaires de satisfaction...), le contrôle de gestion financier (suivi de l'activité et des performances...) et le contrôle des hommes (recrutement, formation...).

170. Sanction (au Vietnam). En droit vietnamien, le non-respect des normes par le franchisé conduirait à la résiliation du contrat par le franchiseur, même en l'absence d'une stipulation expresse en ce sens. L'article 16-2-c et d du décret n° 35 attribue en effet au franchiseur le droit de résilier unilatéralement le contrat de franchise en cas de violation répétitive des obligations « non essentielles » du contrat. Le non-respect de l'ensemble des éléments constituant les normes doit être considéré comme une violation de l'obligation fondamentale de la franchise et doit être sanctionné par la résiliation du contrat. En revanche, il ne peut être de même pour l'inobservation d'un élément d'importance secondaire. Seule la récidive peut justifier la résiliation du contrat par le créancier de l'obligation. Pour obtenir la résiliation du contrat, le franchiseur doit prouver que ce non-respect affecte gravement l'image du réseau. Il doit en outre notifier un préavis écrit au franchisé fautif et lui donner un « délai raisonnable » pour pouvoir retourner dans les bons rails.

171. Les contraintes excessives. Il arrive en pratique que le franchiseur, au titre de la préservation de l'image et de l'identité du réseau, exerce des contrôles excessifs, demande à tous ses franchisés de s'approvisionner en tel produit qui, au demeurant, n'est pas nécessaire à l'uniformité du réseau ou leur demande d'ouvrir le magasin à des horaires fixes. Une telle démarche a été adoptée par le franchiseur du réseau de restaurants de *Pho 24*. Celui-ci a en effet demandé à tous ses franchisés d'ouvrir leur restaurant à 7 heures du matin et de ne les fermer qu'à minuit. Certains franchisés n'ont toutefois pas respecté ces horaires. Dans ce « conflit », les franchisés n'ont pas choisi de résilier leur contrat, d'une part parce qu'ils avaient déjà beaucoup investi³⁵³ et, d'autre part, parce que le droit positif ne leur permet de se protéger contre cet abus. Le recours aux principes généraux du droit n'est pas toujours

³⁵² G. BAGLIN et V. MALLERET, « Les modes de gestion de la performance dans les chaînes hôtelières françaises », *Revue française de comptabilité*, juin 1995.

³⁵³ PHAM Van Huong, responsable du service Franchise de la compagnie Hapro. Source personnelle de l'auteur.

efficace dans la mesure où la loi commerciale accorde au franchiseur un droit de contrôle et le laisse libre d'en fixer les modalités³⁵⁴. S'il est vrai que cette contrainte relative aux horaires imposée par le franchiseur assure une plus grande disponibilité du réseau, il faut noter toutefois que les franchisés sont des commerçants indépendants qui doivent pouvoir décider eux-mêmes de leur rythme, que tous les restaurants n'ont pas assez de client de nuit et qu'ils doivent payer, s'ils s'ouvrent plus longtemps, plus cher leur personnel. L'augmentation du chiffre d'affaires ne leur permet pas de compenser les dépenses induites. Heureusement, après avoir longuement discuté avec les franchisés, le franchiseur, trouvant lui-même que ces horaires sont trop rigides, les a modifiés.

172. Sanction (en France). La communication par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire constitue la finalité première pour la réalisation d'une œuvre commune. Il est logique que le franchisé respecte scrupuleusement les normes qui lui sont imposées par le franchiseur. La jurisprudence française considère ce respect comme une obligation essentielle du contrat de franchise. Elle n'hésite pas à sévir contre le non-respect des normes. Ainsi, récemment, la Cour d'appel de Paris³⁵⁵ a considéré que le franchisé manque à une de ses obligations essentielles lorsqu'il se contente d'exercer une activité de livraison à domicile alors que le contrat de franchise lui imposait l'exploitation d'un point de vente à des horaires précis. L'espèce concernait un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'une pizzeria. Selon les termes du contrat, le franchisé devait à la fois exploiter un restaurant qu'il était tenu d'ouvrir à des horaires précis et exercer la livraison rapide à domicile. Or le franchisé a décidé de fermer le restaurant pour n'exercer que l'activité de livraison à domicile. Le franchiseur a résilié le contrat car, selon lui, il s'agit là d'une exploitation impropre à la marque, affectant ainsi son image et par voie de conséquence l'intérêt du réseau. Les juges parisiens ont fait droit à son argument tout en considérant que le franchisé avait violé une « obligation déterminante du contrat de franchise », justifiant ainsi la résiliation du contrat à ses torts exclusifs.

173. Bref, en France comme au Vietnam, le non respect des normes peut justifier la résiliation du contrat de franchise par le franchiseur qui, très souvent, précise les types d'inspections et les modalités de contrôle et de sanction. Une seule différence existe. Au Vietnam ce droit à la résiliation du contrat est reconnu au franchiseur par la loi, ce qui n'est

³⁵⁴ Art. 284 de la loi commerciale de 2005.

³⁵⁵ CA Paris, 18 mars 2009, RG n° 07/01386 ; Juris-Data n° 2009-002274.

pas le cas en France. Par conséquent, il est plus facile pour un franchiseur vietnamien de mettre fin au contrat sans encourir aucune conséquence. Il lui appartient simplement d'apporter la preuve du non-respect des normes par le franchisé sans avoir à démontrer la gravité de cette violation.

B. Le devoir de contrôle

174. Il n'est pas toujours aisé de déterminer la frontière entre l'assistance et le contrôle. La première est une obligation qui incombe au franchiseur. Le second est un droit auquel il peut renoncer, car aucun texte du droit positif vietnamien n'exige expressément du franchiseur d'exercer ce droit. Il serait souhaitable que le législateur vietnamien considère le contrôle comme un devoir incombant au franchiseur car celui-ci doit jouer le rôle de garant de l'homogénéité du réseau. Guidé par une œuvre commune, le franchiseur se doit d'exercer son droit en faisant respecter les normes qu'il a élaborées pour le dynamisme et la pérennité du réseau. En cas de défaillance dans l'exercice du contrôle, le franchiseur verrait sa responsabilité engagée à l'égard des autres franchisés car son laxisme pourrait nuire à l'intérêt du réseau. Le contrôle doit être entendu ici non seulement comme un droit, mais aussi comme un devoir du franchiseur. La jurisprudence française en la matière ci-après analysée mériterait alors d'être suivie par le juge vietnamien.

175. Responsabilité du franchiseur en cas de défaillance de contrôle (en France). Le franchisé est indépendant et doit donc être responsable de ses propres actes. Notons toutefois que le franchiseur engagerait sa responsabilité s'il est établi qu'il connaissait, ou aurait dû connaître, les faits dommageables et qu'il n'a pas demandé à son franchisé de les faire cesser. Ces faits peuvent être la carence financière du franchisé ou les actes frauduleux auxquels il se livre. Deux arrêts de la Cour de cassation ont été rendus en matière de concession³⁵⁶.

Le premier a été rendu le 14 décembre 1956³⁵⁷. Dans cette espèce, le concédant a été jugé responsable de n'avoir pas contrôlé le concessionnaire qui avait détourné les acomptes versés pour la commande d'une automobile. Le laxisme du concédant, comme un auteur l'a remarqué, l'expose « à glisser du statut de victime à celui de responsable de l'échec du

³⁵⁶ Compte tenu des nombreuses ressemblances entre ces deux types de contrat, ces arrêts semblent transposables à la franchise

³⁵⁷ Bull. civ., II, n° 694, Gaz. Pal. 1957, II, 233.

franchisé et du préjudice qui en résulterait pour les autres membres du réseau comme pour les tiers »³⁵⁸.

Le second a été rendu le 6 novembre 1961 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Selon la Cour, si le concédant n'avait pas commis de faute, son abstention sans intention de nuire est cependant susceptible de « constituer une faute dans les cas où les faits omis devraient être accomplis en vertu d'une obligation légale ou professionnelle ». La Cour a approuvé les juges du fonds qui avaient exactement retenu que le constructeur de véhicules automobiles pouvait « engager sa responsabilité envers les tiers lorsqu'il maintient en fonction un concessionnaire dont il connaît depuis longtemps la carence financière et les actes frauduleux »³⁵⁹.

Par analogie, un auteur³⁶⁰ considère que les franchisés subissant un préjudice résultant de la défaillance de l'un des membres du réseau peuvent mettre en jeu la responsabilité contractuelle du franchiseur pour absence de contrôle.

176. En définitive, le franchiseur doit se comporter comme garant de l'homogénéité du réseau et de la bonne image de marque de ce dernier. A cet effet, il doit établir des normes et les mettre en œuvre par tous les franchisés tout en exerçant des contrôles périodiques ou fortuits. Chacun des franchisés doit respecter les normes tout en demandant au franchiseur de remédier aux déviances commises par d'autres franchisés.

³⁵⁸ D. FERRIER, « Franchise et savoir-faire », in Mél. J.-J. BURST, Litec, 1997, p. 157. On retrouve ici l'idée avancée par le Professeur Carbonnier en matière pénale selon laquelle « l'auteur principal et le complice sont cousus dans le même sac ».

³⁵⁹ Cass. com., 6 nov. 1961, Bull. civ., III, n° 395.

³⁶⁰ R. FABRE, « La nature juridique des réseaux », Revue Lamy droit des affaires, 2005, n° 79.

Conclusion du chapitre II

177. Avec la marque, le savoir-faire est considéré, tant en France qu'au Vietnam, comme un élément essentiel de la franchise. Le droit positif vietnamien considère que le contrat de franchise ne peut être formé si le franchiseur ne communique pas à son franchisé un savoir-faire³⁶¹ secret et substantiel. De même, en droit prétorien français, le transfert du savoir-faire est une condition de validité du contrat de franchise. La mise d'une marque par le franchiseur à la disposition du franchisé et la fourniture à celui-ci d'une assistance ne peuvent compenser l'absence de savoir-faire et sont insuffisantes pour qualifier un contrat de franchise³⁶². Puisque ce transfert vise à permettre au franchisé de réitérer le concept de franchise, le législateur vietnamien et le juge français sont allés plus loin en exigeant que le savoir-faire soit constamment actualisé pour assurer la pérennité du réseau. Une fois que ces efforts sont mobilisés par le franchiseur, le franchisé doit participer activement à ce travail d'intérêt commun. Le juge français n'a pas hésité à se référer au droit européen pour admettre des stipulations imposant au franchisé de communiquer à son franchiseur le résultat des expériences acquises pendant l'exploitation de la franchise. Selon les nouvelles Lignes directrices³⁶³, cette obligation est « généralement nécessaire à la protection des DPI du franchiseur ». Il semble qu'elle est utile non seulement pour le franchiseur seul, mais encore pour tous les membres du réseau en ce sens que ces informations permettent au franchiseur d'avoir une vue globale de la vitalité du réseau, ainsi que de la performance ou de la faiblesse de chaque franchisé pour pouvoir ensuite améliorer son concept. Cette collaboration dans l'actualisation du savoir-faire illustre encore une fois que l'intérêt du franchiseur et celui du franchisé convergent.

³⁶¹ Art. 284 de la loi commerciale de 2005.

³⁶² CA Paris, 29 sept. 1992, *D.* 1995, som. 78, obs. D. FERRIER ; CA Lyon, 26 févr. 1993, Société Uni Inter S.A. c/ M. Battavoine, LPA, 3 août 1994, n° 92, note Y. MAROT.

³⁶³ Point 45-d) des Lignes directrices 2010 sur les restrictions verticales 2010/C 130/01, JOUE 19 mai 2010.

Conclusion du titre premier

178. La franchise repose sur l'exploitation par le franchisé d'une clientèle attachée à l'image de marque du franchiseur. Dans cette perspective, le franchiseur doit mettre à la disposition de son franchisé une marque et d'autres signes de ralliement de la clientèle. Il doit en outre lui communiquer un savoir-faire substantiel de façon à lui permettre de réitérer la réussite. Cette mise à disposition doit être considérée comme un apport du franchiseur au service d'une œuvre commune. Cette qualification a pour corollaire nécessaire que le franchiseur et le franchisé s'efforcent de valoriser la marque et de renforcer la vitalité du concept. Dans la pratique, les motivations du franchiseur et du franchisé peuvent être différentes : le premier souhaite développer le plus rapidement possible son réseau afin de faire face à la pression concurrentielle et occuper le plus rapidement possible les emplacements commerciaux les plus intéressants. Le second, de son côté, cherche à amorcer au plus vite ses investissements. Force est toutefois de constater que la satisfaction de l'intérêt propre ne peut s'opérer que par le biais d'une conjugaison des efforts dans la réalisation d'une œuvre commune, de sorte que l'intérêt commun prime sur l'intérêt propre de chaque partie. Aussi bien, le franchiseur à la tête du réseau doit encore veiller à l'effectivité de ce qu'il apporte à l'œuvre commune : il communique les informations nécessaires à son franchisé et lui fournit une assistance continue pour qu'il soit en mesure de réitérer la réussite.

Titre second

Les manifestations de l'intérêt commun

179. Plan. Au Vietnam, sans se référer expressément à la notion d'intérêt commun qui semble jusque-là propre au contrat de société, le législateur vietnamien impose au franchiseur et au franchisé de collaborer ensemble dans le domaine de l'échange des informations. En France, la notion d'intérêt commun faisait l'objet d'un débat doctrinal important et de revirements jurisprudentiels. Elle a enfin été rajoutée à la loi Doubin³⁶⁴ relative à l'information précontractuelle. Cette consécration exige des parties une collaboration étroite tant pendant la phase précontractuelle (Chapitre I), que pendant l'exécution du contrat de franchise (Chapitre II).

³⁶⁴ La Loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989, dite Loi DOUBIN, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, codifiée à l'article L330-3 du Code de commerce.

Chapitre I

L'échange d'informations

180. Entrer dans un réseau de franchise constitue pour le franchisé une étape professionnelle importante, parfois enviable³⁶⁵. Toutefois, le franchisé est souvent un profane ou un « étudiant » inexpérimenté³⁶⁶, tandis que son franchiseur est un « professeur » connaisseur du métier³⁶⁷. Il n'est donc pas facile pour lui de savoir s'il fait le bon choix, notamment quant aux chances de réussite. La recherche d'une bonne réponse à ce choix est essentielle pour le franchisé puisqu'il doit verser une somme assez importante appelée « droit d'entrée », somme qui n'est pas récupérable. A cela s'ajoutent d'importants investissements pour l'emploi du personnel, la location et la décoration du point de vente.

Le candidat franchisé doit donc être en mesure de savoir si les chances de réussite justifient ses efforts financiers. Il est donc normal que le franchisé cherche à avoir le plus grand nombre d'informations possible et, que le franchiseur lui délivre les informations lui permettant de donner un consentement libre et éclairé pour la réalisation de l'œuvre commune.

Certes, la collecte et la transmission des informations ont un coût dit de transaction³⁶⁸ que le franchiseur cherche généralement à diminuer. Mais il faut reconnaître que le coût de la collecte de ces informations par le franchisé serait considérablement plus élevé que le coût de

³⁶⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 15.

³⁶⁶ S'il est vrai que tous les franchisés ne sont pas des « *new comer* », il est opportun d'observer, avec M. LICARI, qu'« un candidat qui a une expérience dans le domaine de la distribution ne maîtrise pas forcément tous les éléments nécessaires pour entrer en connaissance de cause dans un nouveau réseau ; les marchés sont de plus en plus spécialisés, si bien qu'il est critiquable d'affirmer qu'un candidat n'est plus digne de protection parce qu'il a déjà fait partie d'un réseau ». Cf. F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 196.

³⁶⁷ K. MCCORMICK GNUVA, *op. cit.*, p. 27 et *passim*.

³⁶⁸ Selon la théorie de coût de transaction, toute transaction économique engendre des coûts préalables à leur réalisation : coûts liés à la recherche d'informations, aux évolutions du marché, à la prévention de l'opportunisme des autres agents... Or, les agents économiques ne sont dotés que d'une rationalité limitée. Il est donc naturel qu'ils se comportent de manière opportuniste. V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 62 ; PHAM Sy Hai Quynh, « Les fondements de l'obligation d'information dans les contrats d'assurance » (Cơ sở hình thành nghĩa vụ cung cấp thông tin trong hợp đồng bảo hiểm), *Rev. Science juridique*, n° 3, 2004.

la délivrance de ces mêmes informations par le franchiseur. Il est donc naturel que le franchiseur assume cette obligation, puisque, selon Monsieur GHESTIN, « ici comme ailleurs la justice contractuelle et l'égalité à rétablir entre les parties doivent se concilier avec l'utilité sociale, qui exige la sécurité juridique et la rémunération des recherches favorables à l'enrichissement de tous »³⁶⁹.

181. Nombre d'auteurs analysent l'obligation d'information sous l'angle de la protection du consentement du franchisé parce que les parties au contrat peuvent être de force très inégale. Il est nécessaire, pour ces auteurs, de moraliser le contrat pour éviter « l'exploitation de l'homme par l'homme que la morale réproouve » et pour « assurer la loyauté du contrat »³⁷⁰. Or le consentement du franchiseur est aussi digne d'être protégé. On ne saurait en effet oublier que la franchise se caractérise par un fort *intuitu personae* et par l'effort conjugué des contractants pour réaliser une œuvre commune. Un échange d'informations s'impose donc de fait. Un tel échange peut s'analyser comme un moyen permettant aux parties de mieux se comprendre pour mieux réaliser la cause commune.

Dans cette perspective, il serait opportun de se poser la question de savoir ce que l'intérêt commun impose aux contractants. Cet intérêt oblige-t-il les commerçants d'aider leurs partenaires si cela ne compromet pas leurs propres intérêts ? En d'autres termes, le franchiseur doit-il délivrer toutes les informations qu'il détient³⁷¹ au franchisé pour la réalisation de l'œuvre commune ? Peut-il cacher ses difficultés au moment des pourparlers et pendant l'exécution de la franchise ? Peut-il dissimuler à son franchisé des évolutions du marché ? Peut-il exploiter la situation d'infériorité de son franchisé en insérant dans le contrat des clauses contraignantes à ce dernier sous prétexte de l'assurance de l'homogénéité du concept ? Peut-il laisser son franchisé à la merci de la concurrence sans lui donner des conseils ?

³⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, th. *op.cit.*, p. XIV.

³⁷⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949, n° 40, p. 74. Dans le même sens PHAM Duy Nghia, *Giáo trình luật kinh tế (Le droit commercial)*, éd. Công an nhân dân, 2009, p. 321. L'auteur souligne que « la recherche d'un mécanisme de rééquilibrage des pouvoirs contractuels doit être une priorité première du législateur vietnamien dans le processus de l'édification du système de droit des obligations ».

³⁷¹ C'est le cas du contrat d'assurance dans lequel « l'assuré doit fournir à l'assureur toutes les informations qu'il sait ou doit savoir relatives à la signature du contrat d'assurance, sauf les informations déjà connues par l'assureur ou devant être connues de celui-ci ». (art. 204, Code maritime vietnamien de 2004).

182. Ce chapitre devra déboucher sur des réponses à ces questions. Comme la franchise est la réitération d'un succès basé sur l'exploitation d'une clientèle commune, il est possible de souligner que la réussite du franchiseur dépend de celle de ses franchisés. Via le contrat de franchise, le franchiseur peut toucher, outre les droits d'entrées qui sont versés une fois pour toutes, d'autres sommes plus intéressantes consistant dans les redevances qui se renouvellent en fonction de la réussite de ses franchisés. Il peut également, grâce au travail personnel de ses franchisés, rehausser l'attractivité de sa marque, ce qui est tout aussi important pour la pérennité du réseau.

183. Plan. Une première section sera donc consacrée aux raisons pour lesquelles un échange d'informations s'impose de fait. Dans une deuxième section seront analysées les sanctions en cas de méconnaissance de l'obligation d'information.

Section 1 : Le devoir de renseignement

184. Plan. Après avoir analysé la nature de l'obligation d'information (Sous-section 1), il conviendra d'examiner son contenu (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le débiteur du devoir de renseignement

185. Plan. En droit français, l'obligation d'informations est unilatérale (§ 1). Elle est bilatérale en droit vietnamien (§ 2).

§ 1. L'obligation d'information unilatérale en droit français

186. Il est de règle morale³⁷², puis législative³⁷³ que le professionnel informe son partenaire des éléments importants du contrat de manière à ce que le consentement de celui-ci soit libre

³⁷² La morale exige en effet que l'une des parties informe l'autre partie des éléments importants du contrat. Aussi, M. N. IVANUS écrivait-il dès 1924 que « les personnes qui entrent en relations contractuelles ne doivent

et éclairé (B). Un courant doctrinal français s'est pourtant prononcé contre le développement d'une telle obligation au profit des commerçants jugés pouvoir se protéger eux mêmes (A).

A. Avant la loi Doubin

1.- L'hostilité doctrinale ou l'obligation de se renseigner

187. Certains auteurs ont manifesté leur hostilité à l'obligation d'information. C'est ainsi que le professeur JOURDAIN a pu souligner que chacun doit veiller à la conservation de ses propres intérêts. Il doit se renseigner par lui-même avant de pouvoir exiger des autres qu'ils l'instruisent. L'auteur a également remarqué que la collecte d'informations par soi-même « s'impose au contraire plus que jamais face au développement des obligations de renseignement »³⁷⁴.

Monsieur le TOURNEAU se prononce dans le même sens. Il indique qu'il est « urgent de redonner aux sujets de droit le sens de leur propre responsabilité, en repoussant l'infantilisme juridique dans lequel ils sont aujourd'hui trop souvent confinés »³⁷⁵.

pas être considérées comme étrangères l'une à l'autre mais, au contraire, elles doivent former comme un embryon de société et, en conséquence, elles ont un certain devoir de se prévenir en ce qui concerne la situation véritable, les qualités des objets sur lesquels elles concluent le contrat ». Cf. N. IVANUS, *De la réticence dans les contrats*, th. Paris, éd. Jouve et Cie, 1924, p. 88. Monsieur BASTIDE, quant à lui, souligne qu'« en présence d'un contrat, la conscience morale se montre toujours choquée de l'inégalité des contractants, par laquelle l'une des parties se trouvant, en fait, en état d'infériorité par rapport à l'autre, est obligée en quelque façon de subir la volonté du plus fort. De façon générale, la morale nous invite à assister davantage ceux qui sont plus démunis que nous ». Cf. G. BASTIDE, *Traité de l'action morale*, t. 1: *Analytique de l'action morale*, PUF 1961, p. 256. Et on ne saurait oublier de citer enfin M. FABRE-MAGNAN qui écrit qu'« En matière d'obligation d'information, les attitudes moralement souhaitables pourraient être ainsi schématisées : d'une part, penser tout ce que l'on dit et, d'autre part, dire tout ce que l'on pense. La première exigence – penser tout ce que l'on dit – est classique. Le contractant ne doit rien affirmer sans être parfaitement sûr de ce qu'il avance, et ce pour ne pas induire l'autre en erreur. {...} Mais il faut, en second lieu, dire tout ce que l'on pense. Cette obligation est apparue beaucoup plus récemment en droit. Il s'agit en effet ici d'un degré supplémentaire de loyauté et de franchise puisque le contractant est tenu d'agir de façon positive. Dès lors qu'il connaît une information dont il soupçonne l'importance pour son interlocuteur, il doit la lui communiquer. Cette obligation d'information doit être spontanée : il ne faut pas profiter de la faiblesse de l'autre qui peut ne pas avoir conscience des informations importantes pour lui ». Cf. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 41. Pour une vue globale sur le sujet, v. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949.

³⁷³ La Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite Loi DOUBIN relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, codifié à l'article L330-3 du Code de commerce.

³⁷⁴ P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner. Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement*, Dalloz 1983, p. 138.

³⁷⁵ P. le TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987, p. 101 et 102. V. également du même auteur, « Quelques aspects des responsabilités professionnelles », *Gaz. Pal.* 1986, p. 616.

La jurisprudence ne fut pas insensible à ce courant doctrinal avant l'adoption de la loi Doubin.

2.- La jurisprudence antérieure à la loi Doubin

188. Avant la mise en vigueur de la loi Doubin³⁷⁶, les tribunaux estimaient que les commerçants, professionnels juridiquement indépendants, devaient se renseigner par eux-mêmes avant de s'engager. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle cassé le 25 février 1986 un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait retenu la responsabilité d'un concédant, au motif que celui-ci avait fourni un compte prévisionnel inexact au candidat concessionnaire. En l'espèce, avant la signature d'un contrat de concession, la société Talbot (concedante) avait fourni à son candidat concessionnaire, la société Turco Le Raincy un compte d'exploitation prévisionnel faisant apparaître à la fin de la première année de collaboration un certain bénéfice dans une perspective de vente 370 véhicules neufs. Sur la base de ce compte, la concessionnaire avait signé le contrat d'une année non renouvelable par tacite reconduction. Ledit contrat n'avait pas été renouvelé à son expiration, alors que la concessionnaire n'avait pu vendre que 130 voitures. La concessionnaire a alors assigné sa concédante en réparation du dommage causé par les fautes précontractuelles commises par cette dernière. Les juges du fond lui ont fait droit en énonçant que lors de l'établissement du bilan prévisionnel, le conseiller de gestion de la société concédante avait, en indiquant à son partenaire un objectif en hausse pour 1980, laissé présager une évolution favorable alors que toutes les tendances dont il avait connaissance donnaient à prévoir une aggravation de la récession. Les juges du fond ont également souligné que, pour sa part, la société concessionnaire ne disposait pas des éléments nécessaires pour contrôler le sérieux d'une telle prévision. La décision des juges du fond a toutefois été censurée par la Haute juridiction. Pour celle-ci, « en s'abstenant de préciser en quoi la société Turco, dont elle avait pourtant retenu la qualité de professionnel du marché de l'automobile n'aurait pas eu les éléments nécessaires pour contrôler le sérieux de la prévision faite par la société Talbot, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »³⁷⁷.

³⁷⁶ La Loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989, dite Loi DOUBIN, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, codifié à l'article L330-3 du Code de commerce.

³⁷⁷ Cass. com., 25 févr. 1986, pourvoi n° 84-13432, Bull. IV, 1986, n° 33 p. 28 ; JCP 1988, jurispr. 20995, obs. G. VIRASSAMY ; RTD civ., 1987, p. 85, obs. J. MESTRE.

Dans une autre espèce, dont les faits sont semblables, la Cour de cassation a rappelé qu'au moment de décider si elle avait ou non intérêt à rester dans le réseau, « il appartenait à la société Couturier, dont a été retenue la qualité professionnelle du marché de l'automobile de s'informer, en l'état de l'évolution de conjoncture, et de s'entourer de tous éclaircissements lui permettant de mesurer les risques et de former raisonnablement son opinion »³⁷⁸.

Il conviendrait toutefois de noter que dans ces affaires les cocontractants étaient tous des professionnels de l'activité faisant l'objet du contrat. Tel n'est pas souvent le cas dans la plupart des franchises qui lient un franchiseur professionnel et des franchisés non-expérimentés. La transposition de cette jurisprudence à la franchise ne s'impose donc pas.

3.- L'évolution doctrinale

189. Une information précontractuelle s'impose parce que le franchisé n'a pas toujours la qualité de professionnel antérieurement au contrat. Un candidat-franchisé peut n'être qu'un futur professionnel. Il peut être une personne voulant se lancer dans le commerce et souhaitant, par l'adhésion à un réseau, bénéficier d'un encadrement et d'une assistance lui permettant d'entreprendre l'aventure commerciale dans les meilleures conditions. Dès lors, « n'étant pas encore un professionnel, c'est-à-dire une personne réputée apte à s'informer et à défendre ses intérêts personnels, son exclusion du bénéfice de l'obligation de renseignement ou d'information ne se justifie pas et l'expose à des déboires certains, même s'il est vrai qu'il ne conclut pas le contrat de distribution pour ses besoins privés »³⁷⁹.

190. En outre, il n'est pas certain que le candidat franchisé, même s'il prend le soin de se renseigner lui-même, puisse réellement avoir les moyens de le faire. Certaines informations s'avèrent en pratique essentielles pour l'entreprise, telles que la création de projets, le renouvellement des gammes de produits, ou encore les politiques de promotion et de prix.

³⁷⁸ Cass. com., 10 févr. 1987, Bull. IV, n° 41, p. 31 ; JCP 1988, jurispr. 20995, obs. G. VIRASSAMY. Dans le même sens : Cass. com., 13 avril 1976, Bull. IV, n° 128, p. 110 qui a censuré pour manque de base légale l'arrêt qui avait retenu la responsabilité d'un concédant pour avoir induit en erreur un concessionnaire lors de la conclusion du contrat, en jugeant « qu'en statuant ainsi, sans avoir recherché si, au moment où elle a fourni les renseignements mis en cause, la société connaissait la nature véritable de la situation qu'elle aurait faussée ou dissimulée... la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'effectuer son contrôle ». V. également Cass. com., 20 mai 1980, pourvoi n° 78-10833, Bull. civ. IV, n° 212, p. 170.

³⁷⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 18.

Ces informations entrent dans le domaine des secrets des affaires³⁸⁰. Comment le candidat franchisé peut-il accéder à des informations aussi stratégiques sans lesquelles son consentement risque d'être altéré ?

191. Enfin, l'obligation de se renseigner doit connaître des limites dans les contrats d'intérêt commun qui exigent une collaboration étroite et un fort *intuitu persone*, tels que la franchise. Ce type de contrat de « de confiance »³⁸¹ ou de « partage de succès »³⁸² instaure une relation particulièrement étroite entre les parties. La prise en considération de l'intérêt de l'autre partie exige que le franchiseur fournisse à son candidat-franchisé les informations nécessaires à la réalisation du but qui est également le sien : exploiter une clientèle. Il est en outre opportun de rappeler que le coût de transaction est plus élevé pour le franchisé que pour le franchiseur. Il est donc possible de dire qu'il pourrait y avoir « une véritable dispense de l'obligation de s'informer au profit de l'autre partie, cette dernière étant fondée à croire en la sincérité de son partenaire »³⁸³.

Le courant doctrinal militant en faveur d'une obligation d'information à la charge du franchiseur a été finalement approuvé avec la naissance d'une loi spécifique relative à l'obligation d'information à la fin de l'année 1989.

³⁸⁰ V. C. GAVALDA, *Le secret des affaires*, MéL. R. SAVATIER, 1964, p. 312; M. CREMIEUX, *Le secret des affaires*, in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 457.

³⁸¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^{ème} éd. 1993, n° 663. Cf. G. RIPETT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd. 1949, n° 48, p. 88.

³⁸² Corrélativement, dans certaines situations, il peut y avoir un « partage de responsabilité ». Franchiseur et franchisé doivent alors réparer solidairement les préjudices causés par l'exploitation de la franchise à un tiers. En effet, un franchisé a installé, suivant le conseil de son franchiseur, une station de lavage dans une zone résidentielle. Ses voisins, se plaignant de troubles anormaux de voisinage, l'ont assigné ainsi que son franchiseur en réparation de leur préjudice. La Cour de cassation (Cass. com., 21 mai 1997, pourvoi n° 95-17743, Bull. civ. II, n° 158) a approuvé la Cour d'appel de Douai qui, en retenant que l'implantation de la station était la conséquence de la légèreté des études effectuées par le franchiseur, a déduit que le franchiseur avait commis une faute engageant sa responsabilité quasi-délictuelle envers les voisins, et l'a ainsi condamné *in solidum* à une indemnisation pour les deux tiers. On trouve la même idée dans la distinction entre la *discrete transaction* (transaction discontinue) et la *relational transaction* (transaction continue), faite par I. MARNEIL aux Etats-Unis (« The many future of contract », 47 S. Cal. L. Rev. 691 (1974), cité par I. CORBISIER, in « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises », RIDC, 4-1988, p. 767. Selon l'auteur la *relational transaction* correspond à un contrat de longue durée, tel par exemple la franchise, dont les obligations ne peuvent être aisément définies, impliquant un comportement coopératif des parties de même qu'un certain partage des risques et bénéfices résultant le cas échéant de la convention.

³⁸³ J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ 1983, n° 140. Du même auteur, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op.cit.*, n° 663. Dans le même sens : O. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, LGDJ 1978, n° 40, p. 329 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 255.

B. La reconnaissance légale de l'obligation

192. Naissance d'une loi spécifique. Nul ne conteste aujourd'hui que les contrats de distribution, dont la franchise, sont marqués par un déséquilibre de pouvoirs entre le franchiseur et le franchisé³⁸⁴. Or, la liberté contractuelle ne peut être correctement exercée que lorsque les parties sont dans une position de relative égalité³⁸⁵. Un contrôle juridique s'avère nécessaire pour s'assurer de la qualité du consentement de la partie la plus faible. Le législateur français, plutôt que de chercher et débusquer *a posteriori* les vices du consentement de façon classique, a cherché à développer en amont des mesures préventives en prévoyant, en vertu de la loi du 31 décembre 1989 qui porte le nom de son promoteur, Monsieur DOUBIN, une obligation d'information à la charge du franchiseur.

Aussi, l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de ladite loi prévoit 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 tenu 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 ».

193. Force est toutefois de constater que cette loi n'est pas spécifique à la franchise et que tous les franchisés ne sont pas protégés par ladite loi, ce qui n'est pas le cas dans de nombreux pays³⁸⁶. Le législateur français soumet l'application de la loi à trois conditions qui sont la mise à disposition des signes distinctifs (1), l'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité (2) et la conclusion du contrat dans l'intérêt commun des parties (3) ?

³⁸⁴ VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris, LGDJ, 1986 ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000 ; N. DISSAUX et R. LOIR (sous la dir. de), *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle. Entre réalité et illusions*, éd. Harmattan, 2009 ; F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand : une contribution à l'étude de la compensation du déséquilibre contractuel dans les contrats de concession et de franchise commerciales*, Litec 2002.

³⁸⁵ CA Paris 27 mai 1980, *D.* 1981, note P. le TOURNEAU, p. 317.

³⁸⁶ Nombre de pays qui ont une loi spécifique prévoyant expressément une obligation d'information à la charge du franchiseur, tels que : Barbados, Brésil, Canada, Mexique, Etats-Unis, Venezuela, Belgique, Estonie, Lituanie, Italie, Espagne, Suède, Albanie, Biélorussie, Croatie, Géorgie, Moldavie, Roumanie, Russie, Ukraine, Kazakhstan, Kirgystan, Arabie Saoudite, Australie, Chine, Japon, Corée du Sud, Taiwan, Vietnam, Indonésie, Malaisie... Cf NGUYEN Ba Binh, *Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại theo quy định của pháp luật Việt Nam (Le document d'information précontractuelle en droit vietnamien)*, Rev. Etude législative, nov. 2009.

1.- La mise à disposition des signes distinctifs

194. Ainsi qu'il est précisé, la loi Doubin (devenue l'article L. 330-3 du Code de commerce) et son décret d'application du 4 avril 1991 s'appliquent dès qu'une personne « met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne »³⁸⁷.

La mise à disposition des signes distinctifs peut se faire sous toutes les formes utilisées pour l'octroi d'un droit d'utilisation : usufruit, prêt à usage, apport en jouissance, licence. L'apport en jouissance est sans doute la meilleure qualification compte tenu de l'existence de l'intérêt commun contractuel.

Il a été montré dans la partie portant sur la maque³⁸⁸ que les signes distinctifs jouent un rôle primordial dans la franchise. Au Vietnam, de par sa définition légale, le contrat de franchise ne peut être formé si la marque fait défaut. En France, il est de jurisprudence constante que le contrat de franchise est dénué de cause si le franchiseur n'accorde pas à son franchisé le droit d'utiliser les signes de ralliement de la clientèle. Il est possible de dire que la condition de mise à disposition des signes distinctifs est remplie dès lors qu'il s'agit d'un contrat de franchise.

2.- L'exclusivité ou la quasi-exclusivité

195. Absence de définition légale. Pour bénéficier de la protection de la loi, il faut que le franchisé soit lié par « un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ». Malheureusement, ni la loi, ni son décret d'application n'ont cerné l'exclusivité et la quasi-exclusivité.

Lors du vote de la loi par l'Assemblée Nationale³⁸⁹, le rapporteur du projet a défini la quasi-exclusivité par référence à l'article 781-1-2° du Code du travail. Celui-ci prévoit que les dispositions de ce code sont applicables aux « personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou de denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement ». On ne sait toutefois pas si le franchisé doit consacrer exclusivement son

³⁸⁷ Art. 1^{er}.

³⁸⁸ *Supra* n° 27 et s.

³⁸⁹ JO AN, 8 déc. 1989, p. 6247.

commerce à la franchise ou s'il s'agit d'une exclusivité d'approvisionnement. De plus, le législateur ne donne aucune indication pour apprécier le degré d'exclusivité.

L'incertitude est d'autant plus grande que la Commission des lois, lors du vote de la loi par le Sénat, a estimé que « la jurisprudence définira à partir d'éléments de fait, les caractères de l'engagement considéré ».

196. Mission confiée au juge. Selon la Cour de cassation, pour que l'article 1^{er} de cette loi s'applique, « il faut non seulement que le contrat liant les parties impose une exclusivité ou une quasi-exclusivité d'activité du franchisé ou assimilé au projet du franchiseur ou assimilé, mais encore, qu'en fait le franchisé ou assimilé exerce effectivement presque exclusivement ladite activité au profit du franchiseur ou assimilé »³⁹⁰. La doctrine, quant à elle, souligne que l'exclusivité ou la quasi-exclusivité doit concerner l'exercice de l'activité du franchisé et non pas d'autres types d'exclusivité, tels que l'exclusivité d'approvisionnement ou l'exclusivité territoriale³⁹¹.

197. Quasi-exclusivité (détermination). Si la détermination de l'exclusivité de l'activité du franchisé ne pose pas de réelle difficulté, il n'en va pas de même pour la quasi-exclusivité. La question est en fait de savoir à partir de quel niveau une activité peut être considérée comme quasi-exclusive. Selon la doctrine, c'est lorsque le chiffre d'affaires sous exclusivité représente une très forte proportion du chiffre d'affaires global³⁹², qu'on peut considérer que le franchisé est lié à son franchiseur par un engagement de quasi-exclusivité. Cette proportion doit être supérieure à 70% ou 80% du chiffre d'affaires global. En d'autres termes, le franchisé ne pourra pas bénéficier de la protection de l'article L. 330-3 si seulement 20% ou 30% de son chiffre d'affaires est couvert par l'exclusivité.

³⁹⁰ Cass. com., 24 sept. 2003, pourvoi n° 01-11595. De même, la Haute juridiction a retenu que l'article 1^{er} de la loi Doubin s'applique dès lors que l'activité du franchisé consiste quasi-exclusivement à distribuer les marchandises du franchiseur et des fournisseurs agréés par lui. Cf. Cass. com., 24 févr. 1998, *D.* 1998, som. 337, obs. D. FERRIER ; Cass. com., 19 oct. 1999, *RJDA* 3/00, n° 258.

³⁹¹ D. BASCHET, *op. cit.*, p. 250 ; H. KENFACK, « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *D.* 2003, n° 33, jurispr. p. 2304 et s ; P. le TOURNEAU et M. ZOIA, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045 : *Franchisage. – Variétés du franchisage. – Indépendance et domination dans le franchisage. – Droit de la concurrence et franchisage*, 16 nov. 2007 ; N. NEFUSY-LEROY, *Les clauses d'exclusivité dans le contrat de franchise*, th. Nice, 1992.

³⁹² N. ERESEO, *L'exclusivité contractuelle*, préf. D. FERRIER, Litec 2008, p. 123 et s. ; D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 2^{ème} éd. p. 238, n° 505 ; S. REGNAULT, « La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin » *PA* n° 8, 10 janv. 2003, p. 13 et s. ; G. BLANC, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin » *D.* 1993, p. 218 ; J. ACQUAVIVA, « L'information précontractuelle : mesures d'application », *Act. fid.* juin 1991, n° 742, p. 34.

La question est encore plus délicate lorsque le franchisé commercialise plusieurs produits en même temps. Il est ainsi permis de se demander, avec M. CHAMBONNAUD, si la loi Doubin s'appliquerait à un distributeur travaillant sous le coup d'une exclusivité pour la vente de vêtements et sans exclusivité pour la vente de parfums³⁹³. En d'autres termes, l'absence d'exclusivité dans un cas suffit-elle à exclure l'obligation d'information prévue à l'article 1^{er} de la loi Doubin ? Cette obligation serait-elle limitée au seul contrat comportant l'exclusivité ou la quasi-exclusivité ? Certains auteurs répondent à cette question en soutenant que l'information prévue par la loi devrait être dispensée dès lors qu'il y a exclusivité, peu importe qu'une autre activité du distributeur ne soit pas couverte par l'exclusivité. D'autres précisent toutefois que l'obligation d'information ne jouerait que pour l'activité pour laquelle l'exclusivité ou la quasi-exclusivité est stipulée³⁹⁴. D'autres enfin soulignent qu'il faut rechercher, quand le franchisé commercialise plusieurs produits contractuels dont un seul est soumis à un engagement d'exclusivité, s'il reste ou non économiquement dépendant pour le tout³⁹⁵.

Il semblerait que le fondement de ces pourcentages de 70% ou de 80% repose sur le degré de dépendance du franchisé. Or, c'est là qu'on voit le paradoxe de la loi. En effet, la quasi-exclusivité doit s'apprécier au jour où l'obligation d'information précontractuelle devait être exécutée. Or, selon Monsieur REGNAULT³⁹⁶, « il est impossible de déterminer vingt jours au minimum avant la signature du contrat, délai dans lequel l'information doit être remise au créancier de l'information légale, si celui-ci est, ou plus exactement sera, dans une situation de quasi-exclusivité ou dans une situation de plus large autonomie vis-à-vis de son futur cocontractant ; cette appréciation ne dépend effectivement pas des clauses contractuelles, mais uniquement de l'exécution qui en sera faite ». Il est donc inconcevable que l'application de la loi au stade précontractuel dépende de l'exécution des relations contractuelles et ne puisse pas, hors les cas d'exclusivité, être appréciée par les parties au jour où elle est susceptible de s'appliquer. L'auteur conclut donc qu'il est nécessaire de « limiter la communication du document d'information précontractuelle aux seules relations d'exclusivité totale, c'est-à-dire portant sur l'ensemble de l'activité du distributeur »³⁹⁷.

³⁹³ Cl. CHAMBONNAUD, art. préc. p. 120.

³⁹⁴ Y. MAROT, art. préc. p. 120.

³⁹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 28.

³⁹⁶ S. REGNAULT, art. préc. p. 13.

³⁹⁷ *Ibid.*

On ne peut toutefois souscrire à cette conclusion, car le degré de dépendance du franchisé vis-à-vis de son franchiseur n'est pas le seul élément, comme l'auteur l'a d'ailleurs soutenu, qui fonde l'obligation d'information.

198. L'incertitude est d'autant plus grande lorsque le franchiseur n'impose pas d'engagement exclusif ou quasi-exclusif au franchisé³⁹⁸, mais il l'exige lors de l'exécution du contrat. Dans cette hypothèse, il importe de savoir si la naissance d'une nouvelle obligation affecte l'économie du contrat. Selon Monsieur LELOUP³⁹⁹, il y a là une modification d'un élément substantiel qui justifie l'application de la loi avant que le franchisé s'engage à l'exigence d'exclusivité. L'auteur observe toutefois que la remise du document n'est obligatoire que si un contrat doit être signé puisque la signature d'un contrat est une des conditions d'application de la loi⁴⁰⁰. Un autre auteur estime que « la loi devrait être applicable même en l'absence d'un nouvel écrit et même dans le cas où l'engagement ultérieur d'exclusivité ou de quasi-exclusivité serait proposé par le distributeur lui-même, dès lors que cet engagement aura pour effet de renforcer sa dépendance économique »⁴⁰¹.

Mais une telle solution, pour nécessaire qu'elle soit, paraît paradoxale en ce sens que la loi régit la phase précontractuelle, alors que la remise du document d'information aura lieu après la conclusion du contrat de franchise !

199. Devant tant d'éléments aléatoires, le franchisé doit pouvoir bénéficier d'une communication des informations, sans avoir à rechercher si son engagement est exclusif ou quasi-exclusif, puisqu'une telle communication a pour objet de permettre au franchisé non seulement de signer en toute connaissance de cause un contrat qui lui demande de grands investissements, mais encore de mieux exécuter l'œuvre commune.. Ainsi un seul critère, l'intérêt commun, suffit à justifier l'exigence de l'obligation d'information précontractuelle.

³⁹⁸ Sa conclusion n'exige donc pas la remise préalable du document d'information.

³⁹⁹ J.-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁰⁰ Dans le même sens, cf. M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 60, p. 41.

⁴⁰¹ M. ACKAD, *op. cit.*, n° 430, p. 291.

3.- L'intérêt commun

200. Pour que la loi s'applique, le contrat doit être « conclu dans l'intérêt commun des deux parties ». La référence à l'intérêt commun est bien nette. Elle répond aux souhaits d'une partie de la doctrine qui milite pour la qualification des contrats de franchises et de concession en contrats d'intérêt commun. C'est l'intérêt commun qui fait naître les obligations réciproques des cocontractants, telles que l'échange d'informations, la collaboration dans la valorisation de la marque et dans l'exploitation du concept de la franchise...

201. Monsieur AMEDÉE-MANESME⁴⁰² adopte une approche originale en traitant le concept de l'interdépendance. Selon lui, l'expression « inter » « crée le lien de solidarité économique qui est la juste contrepartie de la dépendance économique. Cette solidarité économique a une cause juridique qui se retrouve dans le contrat de franchise et le caractérise, à savoir l'intérêt commun ». Dans une autre étude⁴⁰³, le même auteur écrit que le contrat de franchise doit « dans ses clauses notamment financières, refléter d'une part le partage de la richesse créée et, d'autre part, l'existence de cette notion de réseau qui transcende l'intérêt des parties contractantes ».

Monsieur ATIAS⁴⁰⁴, quant à lui, écrit que « les contrats de franchise et de société {...} sont conclus dans l'intérêt commun des parties. {...} Si les contrats de franchise et de société ne sauraient être confondus, ni même rapprochés, ils sont tous les deux d'intérêt commun {...} et supposent une collaboration permanente dans un climat de confiance ». L'auteur poursuit qu' « Il (le franchisé) œuvre pour le développement général de la franchise, mais en travaillant pour lui-même. Là est l'intérêt commun ».

Enfin, pour le Professeur Théo HASSLER⁴⁰⁵, les contrats de franchise sont, comme les contrats de concession, des contrats d'intérêt commun et il y a bien intérêt commun « lorsqu'il est prévu une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires et que les relations entre les parties sont suffisamment suivies pour « fidéliser » une clientèle ».

⁴⁰² G. AMEDÉE-MANESME, « La distribution sélective est-elle en concurrence avec la distribution en franchise ? », Rev. de juris. com., avr. 1993, p. 144 à 150.

⁴⁰³ « Le régime fiscal de la franchise », Franchise Actualités, n° 11, mars 1985, p. 5 à 8.

⁴⁰⁴ C. ATIAS, « Le contentieux de la franchise, Annales des loyers de la propriété commerciale, rurale, immobilière », n°s 8 et 9 d'août-sept. 1994, p. 856 à 996.

⁴⁰⁵ « L'intérêt commun », RTD com. 1984, p. 581.

202. La notion d'intérêt commun en matière de franchise implique « une véritable collaboration économique devant permettre la satisfaction de l'intérêt commun des deux parties, et non un simple rapport de subordination comme c'est trop souvent le cas »⁴⁰⁶. Elle fonde l'information précontractuelle. Elle justifie l'imposition de normes par le franchiseur et le respect de celles-ci par le franchisé⁴⁰⁷. Elle exige également des efforts conjugués de la part de toutes les parties contractantes pour la valorisation de l'image de marque⁴⁰⁸. Elle justifie enfin l'interdiction de certains comportements opportunistes.

203. En définitive, une obligation d'information précontractuelle doit incomber au franchiseur puisque le contrat de franchise satisfait nécessairement deux conditions de la loi DOUBIN : la mise à disposition des signes distinctifs et l'existence de l'intérêt commun. Le critère de l'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité devrait être supprimé, car ces deux notions ne sont pas déterminables d'une manière précise et sont donc source d'insécurité juridique. Leur détermination *a posteriori* n'est pas opportune lorsqu'il s'agit d'un contrat de franchise.

La délivrance des informations ayant pour objectif de permettre aux contractants de s'engager en connaissance de cause et de pouvoir mieux réaliser l'œuvre commune, il est possible de dire que l'intérêt commun exige un échange d'informations entre les parties. Le législateur vietnamien a opté pour cette solution.

§ 2. Le devoir bilatéral d'information en droit vietnamien

204. Terminologie. Si le législateur français a attendu plus de trente ans après la naissance d'une première franchise pour intervenir dans l'encadrement de la délivrance des informations, son homologue vietnamien a réagi assez tôt. En effet, dix ans après la naissance d'une vraie franchise, le législateur vietnamien s'est efforcé d'établir un encadrement spécifique à ce type de commerce associé. Dans cette perspective, une nouvelle partie portant sur la définition de la franchise et sur les obligations principales des deux parties, dont la délivrance des informations, a été introduite dans la loi commerciale de 2005.

⁴⁰⁶ JO Débats parlementaires, AN, séances des 8 et 19 déc. 1989, p. 6230 à 6270.

⁴⁰⁷ *Supra* n° 165.

⁴⁰⁸ *Supra* n° 91.

En matière d'information⁴⁰⁹, il conviendrait de noter que le législateur vietnamien utilise le terme de « *nghĩa vụ* » (« obligation ») alors que son décret d'application emploie celui de « *trách nhiệm* », ou « devoir » {de renseignements} dans le sens où il impose une obligation non pas à une personne déterminée comme c'est le cas en droit français mais d'une manière générale, à toutes les parties au contrat. L'utilisation du terme de « devoir » semble plus appropriée pour la phase précontractuelle en ce sens que le périmètre des devoirs est plus large que celui des obligations. Un devoir est susceptible d'être invoqué par un destinataire autre que le cocontractant. Aussi, le franchiseur est tenu d'une obligation d'information précontractuelle non seulement en faveur de son partenaire franchisé, mais aussi en faveur de l'autorité publique compétente⁴¹⁰.

Il existe malheureusement une inconséquence entre la loi commerciale et son décret d'application. En effet, l'obligation d'information est susceptible, en vertu de la loi commerciale, d'être écartée (A), tandis qu'elle s'impose à celles-ci en vertu du décret d'application (B).

A. L'obligation d'information : une règle supplétive

205. Le contrat est un cadre juridique privé permettant de définir les droits et les obligations de chacune des parties⁴¹¹. Il doit leur permettre d'atteindre l'objectif qu'elles poursuivent. En principe, chacune des parties est censée recevoir autant qu'elle donne. Pour ce faire, le contrat doit établir un équilibre, fût-il relatif, entre les droits et les obligations. Mais les contrats de distribution présentent une particularité par rapport aux contrats de vente simple en ce qu'ils lient des commerçants de forces inégales. Ce type de contrat donne plus de droits au titulaire du concept, d'où les risques d'abus de droit. En matière de franchise, dans un louable souci de protéger la partie la plus faible, en l'occurrence le franchisé, le législateur vietnamien a imposé une obligation d'information au franchiseur.

⁴⁰⁹ Dans le vocabulaire juridique vietnamien, il n'existe qu'un seul mot « information », alors qu'en droit français deux notions peuvent être employées : « information » et « renseignement ». Selon certains auteurs français, l'information aurait plutôt une origine légale et le renseignement une origine jurisprudentielle. Cf M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 221, Paris, 1992, p. 8.

⁴¹⁰ En effet, l'article 5-2 du décret n° 35 impose au franchiseur de fournir au Ministère du commerce et de l'industrie un document de présentation de la franchise qu'il entend franchiser. Il doit en outre, selon la circulaire n° 09, lui soumettre un rapport annuel sur son activité.

⁴¹¹ PHAM Duy Nghia, *op.cit.*, p. 333.

206. S'il est vrai qu'un premier pas a été franchi par le législateur dans la recherche du rééquilibrage des pouvoirs contractuels déséquilibrés⁴¹², les influences de la théorie de l'autonomie contractuelle sont toujours très importantes. Les commerçants sont des professionnels, ils peuvent et doivent décider eux mêmes leurs affaires, sans qu'aucune intervention ne soit nécessaire. Les dispositions de la loi commerciale ne sont applicables qu'à défaut de stipulation contractuelle contraire.

Aussi, le législateur de 2005 prévoit que « sauf convention contraire des parties, le franchiseur a les obligations suivantes : 1. Fournir au franchisé les documents explicatifs sur le concept de la franchise... »⁴¹³. Dès lors, le franchiseur peut faire signer au candidat-franchisé un document indiquant qu'il est déjà parfaitement renseigné et qu'il renonce aux informations prévues par la loi. Une telle hypothèse est permise par l'article 285 de la loi commerciale, sur la base de l'autonomie contractuelle, mais ne peut être soutenue en prenant en considération l'intérêt commun. La délivrance par le franchiseur des informations au franchisé vise, outre la protection du consentement du franchisé, un objectif important qui est de permettre à ce dernier de réaliser l'œuvre commune. Il serait donc souhaitable que la loi commerciale impose une obligation d'information à la charge du franchiseur⁴¹⁴.

207. Dans l'attente d'une éventuelle modification, on ne peut que se réjouir du fait que le décret n° 35 prévoit expressément un devoir d'information à la charge non seulement du franchiseur mais aussi du franchisé. Ce décret prévoit également des sanctions tant civiles

⁴¹² PHAM Duy Nghia, *op. cit.*, p. 323.

⁴¹³ Art. 287-1 de la loi commerciale de 2005.

⁴¹⁴ On observe d'ailleurs une obligation d'information précontractuelle partout dans le monde, que ce soit en Europe, en Amérique ou en Asie. Aux Etats-Unis, la *Full Disclosure Law*, promulguée le 20 octobre 1979, comprend vingt catégories d'informations que le franchiseur est tenu de communiquer au candidat franchisé avant la signature du contrat de franchise. Cette loi s'applique à tous les franchiseurs exerçant leur activité sur le territoire américain, qu'ils soient américains ou étrangers.

En Chine, il incombe au franchiseur de transmettre un document d'information précontractuelle non seulement auprès de son candidat franchisé, mais encore auprès de l'autorité d'enregistrement compétente (art. 25 du Règlement sur la franchise commerciale promulguée par le Conseil d'État chinois le 6 février 2007 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2007 (règlement n° 485). Ledit texte est ensuite complété par deux décrets n°s 15 et 16 sur les mesures de gestion de l'enregistrement de franchise commerciale publiées le 30 avril 2007 par le ministère du Commerce et entrés en vigueur le 1^{er} mai 2007. Cf. NGUYEN Ba Binh, « Le document d'information précontractuelle en droit vietnamien » (Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại theo pháp luật Việt Nam), Rev. Etudes législatives, nov. 2009.

qu'administratives en cas de méconnaissance de ce devoir. Mais une telle inconséquence n'est pas sans poser de problème sur le terrain de la hiérarchie des textes⁴¹⁵.

B. Le devoir d'information : une règle d'ordre public

208. Le décret n° 35 portant application de ladite loi impose *a contrario* un devoir d'information à la charge de toutes les parties au contrat. Le rédacteur du décret a donc entrevu, ce qui n'était malheureusement pas le cas pour le législateur de 2005, les prémices de l'intérêt commun qui est la cause efficiente du contrat de franchise et des obligations réciproques qui pèsent sur les parties. En effet, l'article 8-1 dudit décret oblige le franchiseur à « fournir au candidat-franchisé une copie du projet de contrat de franchise⁴¹⁶ et un document explicatif sur le concept de franchise au minimum quinze jours ouvrés avant la signature du contrat ».

Il serait opportun de noter que, outre ce devoir précontractuel d'information, le franchiseur doit également « informer tous les franchisés de tout changement important du réseau qui pourrait affecter l'exploitation de la franchise »⁴¹⁷. En d'autres termes, il est tenu de délivrer à son franchisé toutes les informations, que ce soit pendant la phase précontractuelle ou pendant l'exécution du contrat, pour que celui-ci réalise l'intérêt commun.

En matière de sous-franchise, le sous-franchiseur doit communiquer, outre les informations précisées dans les alinéas 1 et 2 dudit article, « a) les informations sur l'identité de son franchiseur ; b) le contrat de franchise principale ; c) et le sort des contrats de sous-franchise au cas où le contrat de franchise principale serait résolu ».

Il convient enfin de noter que le franchiseur est obligé de procéder à l'enregistrement de sa franchise auprès d'une autorité publique compétente⁴¹⁸. L'acte d'enregistrement doit

⁴¹⁵ L'inconséquence, voire la contradiction, des différents textes sont fréquentes au Vietnam et sont « une obsession » même pour les juristes et les praticiens du droit. Cf. NGUYEN Tan, « Codification, pourquoi pas ? » (Pháp điển hóa, tại sao không ?), Rev. Saigon Economic Times, sept. 2009.

⁴¹⁶ En vertu de l'article 11 dudit décret, le contrat de franchise peut contenir les éléments suivants :

- Contenu de la franchise
- Droits et obligations du franchiseur
- Droits et obligations du franchisé
- Droit d'entrée et redevances, et les modalités de leur paiement
- Durée de validité du contrat
- Conditions de renouvellement, de mise fin du contrat et modalités de résolution de litige.

⁴¹⁷ Art. 8-2 dudit décret.

⁴¹⁸ Selon point I-1 et 2 de la circulaire n° 9 en date du 25 mai 2006 portant sur l'enregistrement de la franchise, l'autorité auprès de laquelle le franchiseur doit effectuer l'enregistrement est le Ministre de l'Industrie et du

comporter une demande jointe au document d'information précontractuelle, un projet de contrat, ainsi que les papiers justifiant la capacité juridique, le droit de propriété sur la marque et d'autres signes distinctifs⁴¹⁹ du franchiseur...

209. Nul ne conteste que le franchisé doit pouvoir s'engager en toute connaissance de cause puisqu'il fait de grands investissements. On ne saurait néanmoins oublier que le fait d'accorder une franchise à un autre commerçant n'est pas une opération sans risque pour le franchiseur, car la franchise implique nécessairement une communication du savoir-faire. Certaines qualités du franchisé peuvent se révéler essentielles pour le franchiseur qui n'aurait pas contracté s'il avait eu conscience de la réalité. La pratique montre que tous les candidats franchisés ne sont pas sérieux. Il peut arriver qu'un candidat franchisé, désireux d'intégrer un réseau de franchise, trompe le franchiseur par des déclarations erronées portant, par exemple, sur sa capacité financière, sur son personnel... Il existe même des candidats malhonnêtes qui s'approchent du franchiseur pour s'approprier des informations, puis s'en vont sans signer aucun contrat. Le franchiseur doit donc pouvoir protéger son propre consentement⁴²⁰. Il peut lui aussi demander à son candidat de lui fournir les informations nécessaires avant de s'engager. Aussi, en vertu de l'article 9 du décret n° 35, le candidat-franchisé doit « fournir au franchiseur les informations qui lui sont demandées de façon raisonnable pour l'octroi de sa franchise ».

Malheureusement, aucune sanction n'est prévue en cas de méconnaissance par le franchisé de son obligation. Si le franchisé ne respecte pas son obligation, s'il ne fournit pas en d'autres termes à son franchiseur les informations nécessaires, il n'est pas difficile pour le franchiseur de refuser de lui accorder la franchise. Mais la question devient délicate lorsque le franchiseur découvre postérieurement que son franchisé lui a fourni des informations fausses, voire mensongères. Dans une telle hypothèse, c'est aux principes généraux du droit des obligations, tels que la bonne foi et la probité, qu'il doit recourir. Or, un tel recours n'est pas toujours efficace au Vietnam. En effet, en matière de vente immobilière, lorsqu'un contractant commet à la fois deux fautes, l'une portant sur les conditions de validité du contrat, l'autre sur

Commerce, s'il s'agit d'une franchise internationale, et le Département de l'industrie et du Commerce si c'est une franchise domestique.

⁴¹⁹ Conformément au Point II-1-2 de la Circulaire du 25 mai 2006 relative à l'enregistrement de la franchise.

⁴²⁰ En ce sens : DUONG Anh Son, « Loi commerciale : quelques propositions de réforme », *Rev. Etudes Législatives*, n° 6, 2004, p. 39 ; PHAM Duy Nghia, *op. cit.*, p. 332, qui observe que « Le monopole économique que l'Etat exerce depuis mille ans, qui n'est supprimé que récemment, d'ailleurs à un rythme de tortue, fait que les commerçants privés ont peu de chances d'être protégés. Il est grand temps de protéger la partie la plus démunie. Le juge vietnamien doit aussi participer à la protection de l'équité commerciale ».

le principe de bonne foi, le juge vietnamien préfère fonder sa décision sur la première, tout en faisant abstraction de la seconde. Cette solution est évidemment critiquable⁴²¹.

210. Un autre problème consiste en l'application réelle de l'obligation d'information dans le temps. La loi commerciale adoptée le 14 juin 2005 est entrée en vigueur le premier janvier 2006. Son décret d'application n'est daté que du 17 avril 2006 et la circulaire relative à l'enregistrement de la franchise est entrée en vigueur le 11 juin 2006. Dès lors, la question s'est posée de savoir si la loi était applicable avant l'adoption du décret. La question est délicate dans la mesure où ce sont le décret et la circulaire qui précisent l'obligation et le contenu du document d'information et qui sanctionnent la méconnaissance du texte. La loi commerciale de 2005 est d'ordre public. Elle s'applique immédiatement aux contrats de franchise conclus depuis son entrée en vigueur⁴²². Mais le franchiseur est dans l'impossibilité de communiquer avec exactitude les informations à fournir à son franchisé puisque le décret d'application n'a pas été encore adopté. Il en résulte que cette partie de la loi ne peut s'appliquer réellement qu'après la publication des textes explicatifs. Son application effective est alors subordonnée à des textes qui lui sont inférieurs⁴²³ !

⁴²¹ Dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt du 21 janv. 2003, le Tribunal populaire de Hochiminh-ville a validé la demande de nullité du contrat de vente immobilière formulée par la société Phu My Hung à cause du vice affectant le pouvoir du signataire. En l'espèce, Mme Trang a signé en juin 2000 un contrat d'achat d'une villa située dans un quartier au Sud de Hochiminh-ville. Le vendeur, qui est aussi le propriétaire de ce tout nouveau quartier, est la société Phu My Hung, une joint-venture vietnamo-coréenne. Le prix du contrat est de 152.200 dollars américains. 17.500 dollars ont été versés par Mme Trang en guise d'arrhes pour assurer l'exécution du contrat. Il est à noter qu'au moment de la conclusion du contrat, cette villa était en construction et la livraison ne pouvait se faire qu'un an plus tard. En juillet 2001, moment où la livraison aurait dû se faire, Phu My Hung a invoqué la nullité du contrat au motif que le directeur-adjoint qui représentait la société dans le contrat avec Mme Trang n'avait pas le pouvoir de le signer : le directeur général de la société ne lui avait pas donné mandat. La société a remboursé à son client 17.500 dollars sans payer de dommages et intérêts. Mme Trang a alors porté l'affaire devant le Tribunal populaire de Hochiminh-ville afin d'obliger Phu My Hung à exécuter le contrat valablement formé. Dans sa décision du 21 janv. 2003, le juge a statué que le contrat était nul à cause du vice affectant le pouvoir. La demande de Mme Trang a été alors rejetée. On voit bien dans cette affaire la mauvaise foi du vendeur vis-à-vis de son client. D'une part, la faute rendant le contrat inefficace lui était imputable. D'autre part, Phu My Hung a vendu cette villa à un deuxième acheteur, évidemment à un prix supérieur à celui fixé dans le contrat objet du différend. Il n'est pas difficile de deviner son motif : de la conclusion du premier contrat à celle du deuxième, il y a eu une hausse très importante du prix de l'immobilier à Hochiminh-ville. La société immobilière s'est enrichi de mauvaise foi en nuisant aux intérêts de son client. Il est regrettable que le juge ait préféré se baser sur les conditions de validité du contrat au lieu de se baser sur le principe général du droit des obligations qu'est la bonne foi. Cf. NGUYEN Minh Hang, *La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit vietnamien de la vente*, th. Tours, 2009, p. 194 et s. ; BUI Thi Thanh Hang et DO Giang Nam, « La vitalité du Code civil vietnamien. Regards croisés avec les codes civils français, allemand et hollandais » (*Sức sống của Bộ luật Dân sự Việt Nam từ góc nhìn so sánh với Bộ luật Dân sự Pháp, Đức, Hà Lan*), Rev. Etudes Législatives, mars 2011.

⁴²² Art. 323 de la loi commerciale de 2005. L'alinéa premier dudit article précise que « la présente loi entrera en vigueur le premier janvier 2006 ».

⁴²³ Le problème est en effet très général au Vietnam. Un auteur vietnamien se pose alors la question de savoir si c'est le décret qui est supérieur à la loi, dans la mesure où celui-ci constitue une condition d'application de la loi.

211. Quoi qu'il en soit, le devoir d'échange d'informations devrait être salué et renforcé puisqu'il traduit bien l'existence de l'intérêt commun dans la franchise. Bien que le législateur vietnamien de 2005 ainsi que le rédacteur du décret n° 35 ne se réfèrent pas expressément à la notion d'intérêt commun, on a pu entrevoir les prémices de cette notion dans le vocable « devoir d'information » qu'ils ont instauré. Le législateur français, quant à lui, se réfère à cette notion d'intérêt commun. On ne voit toutefois pas clairement ses effets dans l'obligation unilatérale d'information. En définitive, l'intérêt commun exige une forte dose de bonne foi et une étroite collaboration tant pendant la phase contractuelle que pendant la période précontractuelle. Or, la bonne foi et la collaboration doivent se traduire par un échange d'informations.

Il convient alors d'analyser le contenu d'une telle obligation. Dans le souci d'une meilleure lisibilité, il semble opportun de lister les informations que le franchiseur doit fournir à son candidat-franchisé, bien que ce travail, il faut le reconnaître, soit fastidieux.

Sous-section 2 : Le contenu du devoir de renseignement

212. Plan. Au Vietnam, l'obligation d'information incombe à toutes les parties. Il est dès lors opportun de distinguer le contenu de l'obligation incombant au franchiseur (§ 1) de celui de l'obligation incombant au franchisé (§ 2). Pour ce qui est de l'obligation du franchiseur, puisque les droits vietnamiens et français, dans l'ensemble, se rejoignent, la question sera étudiée globalement.

§ 1. Les informations devant être délivrées par le franchiseur

Cette situation ne se trouve pas seulement dans le domaine de franchise, mais encore et surtout en matière fiscale, immobilière et d'investissement. On assiste alors, comme l'a remarqué la littérature vietnamienne, à une « créance douteuse de décrets d'application du Gouvernement ». Cf. NGUYEN Van Nam, « Le décret d'application est plus important que la loi » (Nghị định hướng dẫn quan trọng hơn luật), Rev. Saigon Economic Times, juill. 2009.

La même question sur l'applicabilité dans le temps de la loi Doubin s'est posée en droit français. En effet, ladite loi a été publiée au JO le 2 janv. 1990, alors que son décret d'application n'est daté que du 4 avril 1991, soit quinze mois plus tard. Si la doctrine est partagée sur ce point, une jurisprudence majoritaire considère que la loi, étant d'ordre public, s'applique immédiatement aux contrats conclus après son entrée en vigueur. Cf. D. FERRIER obs sous CA Paris, 7 avr. 1993, *D.* 1995, p. 75 ; M.-E. ANDRÉ et J. RAYNARD obs. sous CA Paris, 7 juill. 1995, *JCP E* 1996, p. 523.

213. Plan. C'est dans l'annexe III de la circulaire n° 09/2006/TT-BTM datée du 25 mai 2006⁴²⁴ en droit vietnamien et dans le décret n° 97-337 du 4 avril 1991 portant application de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 en droit français que l'on peut trouver les informations devant figurer dans le document d'information précontractuelle (DIP). La classification des informations dans les deux textes est différente. Pour faciliter la comparaison, on réunira les informations dans cinq groupes : les informations sur l'identité du franchiseur (A), les informations sur le réseau (B), les informations sur la présentation du marché (C), les informations financières (D) et les autres informations (E).

A. Les informations sur l'identité du franchiseur

214. Compte tenu du caractère *intuitu personae* de la franchise, le législateur français et son homologue vietnamien accordent une attention particulière à l'identité du franchiseur, pour permettre au franchisé de bien connaître avec qui il s'engage. Les informations requises sont dans leur majorité identiques dans les deux pays. Certaines sont toutefois spécifiques et ne se retrouvent que dans l'un des deux .

215. Informations exigées dans les deux pays. Dans l'ordre énuméré par les textes, le franchiseur doit transmettre à son candidat-franchisé les informations suivantes :

- L'adresse de son siège social ;
- La nature de ses activités ;
- Sa forme juridique ;
- Son numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ;
- La date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des marques avec, pour les contrat de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie. Dans cette dernière hypothèse, non seulement le signe de ralliement doit faire l'objet d'une protection, l'enregistrement étant obligatoire, mais, également, le candidat à la franchise doit pouvoir

⁴²⁴ Promulguée par le Ministre du commerce (actuellement Ministère du Commerce et de l'Industrie) le 25 mai 2006, cette circulaire est entrée en vigueur le 11 juin 2006.

s'assurer que le franchiseur en disposera pendant une durée au moins égale à celle du contrat de franchise ;

- La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants ;
- Les indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle des dirigeants : leurs principales fonctions et responsabilités exercées dans le passé.

216. Informations spécifiques au droit vietnamien. Outre les informations suscitées, le franchiseur doit fournir à son futur franchisé les informations suivantes :

- Les éléments établissant qu'il a dûment enregistré l'activité qu'il entend franchiser auprès d'une autorité compétente. La doctrine n'a pas manqué de considérer cette prescription comme une immixtion du pouvoir public dans les affaires privées⁴²⁵. Elle semble toutefois nécessaire à court terme car elle permet, d'une part, un recensement fiable des réseaux de franchises internationales au Vietnam et, d'autre part, « contrôle préalable » de la part de l'autorité publique du sérieux du franchiseur étranger.
- Des précisions sur le nom de la marque de la marchandise ou du service qu'il entend franchiser. Le législateur vietnamien a raison d'imposer cette information car le franchiseur peut posséder plusieurs marques. Il doit alors préciser le nom de la marque objet du contrat de franchise, ce qui permet d'éviter les confusions ;
- Des précisions sur sa qualité : franchiseur ou master franchisé (ou franchisé principal ou encore maître franchisé). L'intérêt de cette information est que, dans le cas où le franchiseur est un master franchisé, il doit avoir l'accord préalable du franchiseur ;
- Des précisions non seulement sur son expérience dans le domaine qu'il entend franchiser mais également dans les autres domaines.
- Des précisions sur les litiges relatifs au réseau de franchise au cours de la dernière année.

217. Informations spécifiques au droit français. Le franchiseur est tenu d'informer son futur franchisé de la ou des domiciliation(s) bancaire(s) de l'entreprise. Cette information peut être limitée aux cinq principales domiciliation(s) bancaire(s). Le franchiseur doit indiquer le nom de sa (ou ses) banque (s), l'adresse de l'agence et son numéro de compte. Ces

⁴²⁵ NGUYEN Ba Binh, art. préc.

informations sont nécessaires car elles permettent au franchisé de s'assurer de la solvabilité de son cocontractant et de sa pérennité. Il serait donc préférable de la transposer au droit vietnamien.

Si le franchiseur est une personne morale, il doit préciser le montant du capital social.

218. Remarques comparatives. En droit vietnamien, la marque fait l'objet d'une attention particulière. Le législateur vietnamien a parfaitement raison d'imposer au franchiseur de communiquer le nom de la marque car les informations relatives à celle-ci sont très importantes, la marque constituant l'un des trois éléments indispensables de la franchise. Le franchiseur doit préciser non seulement la marque qu'il entend franchiser, mais encore toute autre information portant sur son droit de propriété sur la marque, ses produits et ses services, s'il y a lieu.

Si le droit vietnamien est plus exigeant que le droit français en ce qui concerne la personnalité des dirigeants du franchiseur, il l'est moins quant à leur expérience. En effet, le droit français impose au franchiseur de fournir au franchisé des informations portant sur la date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes les indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants. Pareille exigence n'existe pas en droit vietnamien. Les prescriptions du droit français portant sur l'expérience du franchiseur sont plus satisfaisantes que celles du droit vietnamien, car elles permettent au franchisé de savoir avec qui il s'engage. Une transposition de ces prescriptions serait donc souhaitée.

Si le droit vietnamien est plus exigeant que le droit français en ce qui concerne les informations juridiques relatives au franchiseur, il l'est beaucoup moins quant aux informations financières relatives à ce dernier. Alors qu'en droit vietnamien, le franchiseur doit porter à la connaissance de son candidat le compte du dernier exercice, en droit français, au document d'information précontractuelle du franchiseur doit être annexé les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les rapports établis au titre des deux derniers exercices⁴²⁶. Le candidat à la franchise doit être informé de la solvabilité de son cocontractant et de sa pérennité. La pérennité du

⁴²⁶ Article L. 232-7, al. 3, du Code de commerce qui reprend l'ancien article 341-1 de la loi n° 66-537 du 24 juill. 1966.

franchiseur est liée non seulement à sa surface financière mais également à son ancienneté. Le franchiseur est donc tenu de fournir les informations relatives à la ou les domiciliations bancaires de l'entreprise, ce qui fait défaut en droit vietnamien. Cette exigence est nécessaire car elle permet au franchisé de mieux comprendre la réussite financière du franchiseur. En effet, le franchiseur ne peut convaincre son candidat franchisé s'il n'a pas connu de réussite dans le passé. Il serait donc préférable que le législateur vietnamien prenne ces éléments en considération.

B. Informations sur le réseau

219. Un réseau testé. Dans l'ensemble, les textes en France comme au Vietnam exigent que le franchiseur présente son réseau à son candidat franchisé avant la conclusion du contrat. Le franchiseur ne peut prétendre franchiser son concept s'il ne l'a pas, au préalable, testé et éprouvé. Aussi, il doit préciser dans le DIP le nombre de contrats précédemment conclus, le nombre de contrats en vigueur et le nombre des contrats résiliés ou résolus et des contrats non renouvelés. Le DIP doit préciser également si les contrats sont parvenus à expiration ou s'ils ont été résiliés ou annulés.

Une seule différence, mais de taille, existe. Le décret français n'impose pas au franchiseur de préciser les motifs de résiliation des contrats en cause, alors que ces informations sont importantes pour que le franchisé puisse être informé de la santé financière du réseau. Au Vietnam, le rédacteur de la circulaire n° 09 a accordé une grande importance du motif de résiliation des contrats. Cette circulaire impose au franchiseur de mentionner le nombre de contrats résiliés en raison d'une faute qui lui a été imputée, ainsi que ceux résiliés en raison d'une faute commise par l'un de ses ex-franchisés. Ces informations, parfois gênantes pour le franchiseur, s'avèrent primordiales car elles permettent au candidat-franchisé, d'une part, de savoir pourquoi le contrat a été remis en cause et, d'autre part, de vérifier que les causes de cette remise en cause a disparu.

220. Auto-renseignement sur le réseau (en droit français). Il est à noter qu'en droit français, le franchiseur doit communiquer à son candidat-franchisé l'adresse des entreprises établies en France avec lesquelles le franchiseur est lié par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée. Cela étant, le candidat assume une obligation d'auto-

renseignement auprès des franchisés d'ores et déjà au sein du réseau afin de compléter, par lui-même, l'information transmise par le franchiseur.

Le célèbre conseil de la philosophie grecque « connais-toi toi-même » reste d'actualité pour le candidat désirant intégrer un réseau de franchise⁴²⁷. Dans un arrêt du 23 juin 2005, la Cour d'appel de Nîmes⁴²⁸ a ainsi rejeté la demande de nullité d'un contrat de franchise dès lors que l'entreprise franchisée « avait la possibilité, qu'elle a manifestement négligée, de contacter la quinzaine d'autres magasins franchisés du réseau (...) dont elle avait reçu les coordonnées dans les informations précontractuelles, pour obtenir de leur part des informations sur l'évolution de leur chiffre d'affaires réalisé, mais aussi bien de comparer le chiffre d'affaires proposé avec ceux réalisés dans les villes de Cavaillon et de Lyon-Vaise par des commerces de détail concurrents de sa future activité, avant de s'engager contractuellement dans de telles circonstances ».

221. Auto-renseignement sur le réseau (en droit vietnamien). Au Vietnam, l'auto-renseignement n'est pas une obligation. Le franchisé est toutefois conseillé de s'y soumettre. En effet, le rédacteur de l'Annexe III de la circulaire n° 9 a consacré les premières lignes de cette circulaire pour conseiller le candidat-franchisé de « chercher des informations auprès des autres franchisés qui sont déjà dans le réseau ». Il est clair que le rédacteur du texte n'impose pas au franchisé de s'auto-renseigner mais qu'il cherche simplement à appeler l'attention du candidat-franchisé quant à la nécessité d'être vigilant sur ce point.

Certes, l'exigence de l'auto-renseignement n'est pas absente de la pratique judiciaire. Le tribunal populaire de Hanoï a en effet rejeté la demande de non-reconnaissance d'une sentence arbitrale au motif que « en concluant le contrat, la société de l'hôtellerie de Hanoï doit savoir qui est son cocontractant. Une telle connaissance exerce un impact direct sur son intérêt contractuel »⁴²⁹. Il semble toutefois que cette décision, qui porte sur un litige né d'un contrat dans lequel les intérêts des parties étaient antagonistes, n'est pas transposable à la franchise. Celle-ci est, somme toute, un contrat de collaboration pour la réalisation d'une œuvre commune. Il a été montré que, compte tenu de l'exigence de la prise en considération de l'intérêt de son cocontractant, le détenteur de l'information doit prendre l'initiative de la délivrer à son partenaire pour que celui-ci puisse mieux réaliser l'objectif commun. Le coût

⁴²⁷ G. THIRIEZ et J.-P. PAMIER, *Guide pratique de la franchise*, éd. d'organisation 2001, p. 95 s.

⁴²⁸ CA Nîmes, 23 juin 2005, Juris-Data n° 282018.

⁴²⁹ Tribunal populaire de Hanoï, arrêt n° 01/QD du 21 sept. 2001, cité par DO Van Dai *in* « Obligation d'information en droit vietnamien des contrats », *Rev. Et et Droit*, 2007.

d'une telle délivrance est d'ailleurs moins important que celui devant être payé par le candidat franchisé s'il doit la rechercher lui-même.

C. Informations sur la présentation du marché

222. Informations relatives à l'état du marché. Pour pouvoir exploiter une clientèle existante attachée à la renommée de la marque, il est normal qu'une présentation du marché soit portée à la connaissance du candidat-franchisé. S'agit-il d'une obligation mise à la charge du franchiseur ? Celui-ci doit-il établir une étude de marché propre au marché dans lequel le candidat à la franchise envisage de s'implanter ou doit-il simplement effectuer une présentation du marché général ?

La réponse en droit vietnamien est catégorique : le franchiseur ne doit pas se contenter d'effectuer en faveur du candidat franchisé une présentation du marché général. Il doit en outre effectuer une étude de marché local dans lequel le candidat à la franchise peut opérer⁴³⁰. Le texte vietnamien ne précise toutefois pas les informations devant figurer dans cette présentation.

La réponse donnée par le droit français est plus claire. En effet, le décret portant application de la loi Doubin indique que la présentation doit concerner non seulement le marché général, mais encore et surtout le marché local. Les informations données doivent être complètes et sincères. La Cour de cassation⁴³¹ dans un arrêt du 11 février 2003 a ainsi précisé que le franchiseur doit faire une étude de marché qui désigne l'ensemble des méthodes permettant de recueillir des informations pertinentes et fiables sur le marché d'une entreprise et notamment sur les publics auxquels elle s'adresse. Dans un jugement du 11 octobre 1999, la Cour d'appel de Paris⁴³² a précisé que le bilan du marché doit comprendre : le nombre d'habitants de la zone de la chalandise ou de l'agglomération réparti par tranches d'âges, par catégories socioprofessionnelles, par revenu moyen ; le nom et l'adresse des concurrents locaux en distinguant ceux qui exploitent leur activité sous une enseigne nationale de ceux qui exploitent leur activité sans enseigne.

⁴³⁰ Point 1 et 2-VII, partie B de l'Annexe III précisant le contenu du DIP.

⁴³¹ Cass. com., 11 févr. 2003, pourvoi n° 01-03932

⁴³² CA Paris, 21 oct. 1999. Dans le même sens : CA Nîmes, 6 oct. 2005, Lettre Distribution janv. 2006, p. 5.

Les précisions avancées par la jurisprudence française sur l'état local du marché méritent d'être transposées en droit vietnamien. De telles précisions permettraient de mieux protéger le consentement du franchisé qui doit faire des investissements importants pour la réalisation de l'œuvre commune. Il peut légitimement attendre de son futur franchiseur qu'il lui propose une présentation réaliste de l'état du marché en ses différents segments.

223. Informations relatives aux perspectives du marché. Le franchisé qui, par nature, entend bénéficier de l'expérience de son franchiseur, peut légitimement attendre de son futur partenaire non seulement une présentation réaliste de l'état du marché mais encore de ses perspectives.

En droit vietnamien, l'annexe III indique que la présentation doit concerner le marché tant national que local. Elle doit en outre comporter les perspectives de développement de ces marchés. Mais il est à noter que tous les contrats de franchise⁴³³ qu'il a été possible de consulter présentent uniquement les perspectives du marché national. Aucun ne précise celles du marché local. Il existe des contrats dans lesquels les franchiseurs se sont contentés de reprendre les chiffres publiés dans les journaux, sans faire une étude de marché de qualité. Cette négligence n'a toutefois pas suscité les réactions du Ministère du Commerce et de l'Industrie, organisme auquel le franchiseur doit soumettre son projet de franchise.

Le droit français impose également une présentation des perspectives du marché, mais ne précise pas s'il s'agit des perspectives de développement du marché général ou local. Un auteur indique qu'« il faut caractériser le « marché » visé par le décret »⁴³⁴. Il s'agit, pour cet auteur, « d'une notion économique pouvant être sommairement définie comme le « lieu effectif de négociation des contrats et de réalisation des transactions »⁴³⁵. Selon lui, il ne s'agit pas de n'importe quel marché, mais de celui « des produits ou des services devant faire l'objet du contrat »⁴³⁶, ce qui implique une analyse rigoureuse du marché en cause.

Monsieur LICARI se prononce dans le même sens. Il souligne qu'« on ne peut que regretter l'imprécision terminologique qui habite ce décret : que faut-il entendre par « local » ? S'agit-il de la ville, du département, ou de la région où l'implantation du candidat

⁴³³ Par exemple, contrat de franchise de la chaîne des magasins d'utilité de Hapro, contrat de franchise de Pho 24, contrat de franchise d'Aptech.

⁴³⁴ B. GUERRIEN, *Dictionnaire d'analyse économique* (1996), v^o Marché.

⁴³⁵ *Ibid.* La même question doit être posée au Vietnam, car le législateur ne donne aucune définition de ce qu'est un marché national et local.

⁴³⁶ *Ibid.*

envisagé ? L'état « général » du marché renvoie logiquement à un marché géographiquement plus étendu que celui qualifié de « local ». Il devrait normalement s'agir du marché national. L'information devient en revanche prévisionnelle, lorsqu'elle implique « une présentation {...} des perspectives de ce marché ». Le chef de réseau doit donc évaluer le marché potentiel, c'est-à-dire l'ensemble des futurs acheteurs d'un bien ou d'un service. L'auteur conclut qu'il s'agit seulement pour le franchiseur de fournir une prévision concernant l'évolution globale du marché en cause, c'est-à-dire une analyse macro-économique du projet ; il ne s'agit donc pas pour le concédant ou franchiseur d'évaluer le chiffre d'affaires que pourrait réaliser le candidat lui-même »⁴³⁷.

Pour être prudent, le franchiseur devrait, selon un praticien⁴³⁸, présenter à la fois les perspectives du marché général et celles du marché local.

D. Informations financières

224. Dépenses et investissements spécifiques (en droit français). L'article 1^{er}-6 dernier alinéa du décret n° 97-337 du 4 avril 1991 portant application de la loi Doubin prévoit que le DIP doit préciser la nature et le montant des dépenses et des investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que le candidat-franchisé devra engager avant de commencer l'exploitation. Les dépenses spécifiques sont principalement le droit d'entrée, le montant des prestations initiales (le cas échéant les dépenses de formation, d'assistance à la pré-ouverture si elles ne sont pas comprises dans le droit d'entrée).

En outre, le franchiseur doit indiquer de manière précise à son candidat quels seront les investissements devant être réalisés pour implanter l'activité dans la zone considérée. La présentation de l'investissement doit être effectuée au cas par cas par le franchiseur car les facteurs locaux varient singulièrement d'une zone à l'autre. Les informations portant sur les investissements spécifiques que le franchiseur doit mentionner dans le DIP sont notamment les frais d'installation, d'aménagement, d'agencement du magasin, l'achat du stock initial, la location ou l'achat de l'enseigne... Les investissements non spécifiques, parce qu'inhérents à toute ouverture d'un magasin, n'ont pas à être précisés dans le DIP. Ce sont les frais de

⁴³⁷ F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 230 et s. Le Tribunal de commerce de Paris a d'ailleurs jugé pour un contrat soumis à l'article 1^{er} de la loi Doubin que « l'établissement du compte prévisionnel est à la charge du franchisé ». Cf. T. com. Paris, 28 oct. 1992, JCP, IV, 1993, p. 358.

⁴³⁸ D. BASCHET, *op. cit.*, p. 263.

constitution de société⁴³⁹, l'achat éventuel d'un droit au bail ou d'un fonds de commerce, les primes d'assurances du local (sauf si le franchiseur demande des garanties spécifiques).

225. Dépenses et investissements spécifiques (en droit vietnamien). Au Vietnam, compte tenu du fait qu'un réseau de franchise coûte souvent très cher, le législateur vietnamien impose que le franchisé soit informé de toutes les sommes qu'il doit investir avant de décider d'adhérer au réseau. Il met donc à la charge du franchiseur de mentionner dans le DIP, outre les informations exigées par le législateur français, les obligations financières incombant au futur franchisé : droits d'entrée, redevances, délai et modalités de versement et conditions sous lesquelles le franchisé peut récupérer ses droits d'entrée déjà versés.

Bref, puisque la franchise repose sur la réitération d'une réussite, le franchiseur doit fournir à son candidat franchisé les informations justifiant qu'il est titulaire d'une marque et d'un concept qu'il a testé avec succès pour être réitéré. Cette communication vise à permettre au franchisé de bien connaître l'intérêt commun qui doit résider au cœur de la franchise. Il semble dès lors légitime de s'interroger sur la fourniture de renseignements autres que ceux exigés par la loi.

E. Informations ne figurant pas dans les textes

226. Il convient d'abord de répondre à la question de savoir si une demande tendant à la fourniture d'informations qui ne sont pas mentionnées légalement est possible (1). Il importe ensuite de savoir quelles sont les informations nécessaires au franchisé (2). S'agit-il des comptes d'exploitation prévisionnels élaborés ou validés par le franchiseur ? L'élaboration ou la validation des comptes prévisionnels s'est en fait imposée comme une pratique constante de la vie des réseaux⁴⁴⁰, « pratique qui est de plus en plus souvent source de conflits et, en conséquence, soumise à l'appréciation des tribunaux »⁴⁴¹.

⁴³⁹ Les procédures administratives sont parfois longues, et coûteuses lorsqu'il s'agit d'un nouveau domaine qui exige des « sous-licences ».

⁴⁴⁰ Selon une étude récente, 95 % des réseaux aident ou assistent le franchisé, à des degrés divers, dans l'élaboration de ses comptes prévisionnels : 46 % des réseaux déclarent lui fournir les éléments nécessaires ; 28 % déclarent confronter leurs propres prévisions avec celles du franchisé ; 8 % déclarent se livrer aux deux

1.- Le concours des normes

227. Barrière contre le concours des normes (en droit vietnamien). Les informations devant être transmises au candidat-franchisé par le franchiseur, aussi nombreuses soient-elles, ne lui suffisent peut-être pas. La question est donc de savoir si le franchisé peut bénéficier d'autres informations qui ne sont pas listées par les textes. Au Vietnam, la loi commerciale précise que « pour les activités commerciales qui ne sont régies ni par la loi commerciale ni par une loi spécifique, les dispositions du Code civil s'appliquent »⁴⁴². En d'autres termes, l'application des dispositions du Code civil ne peut se faire qu'en cas du silence de la loi commerciale. Or, celle-ci et ses textes d'application prévoient expressément une obligation d'information et en fixent le contenu. En effet, le rédacteur de la circulaire n° 9 a énoncé les informations que le franchiseur doit mentionner dans le DIP. Un auteur en conclut donc que « toute demande portant sur des informations non listées par les textes spécifiques à la franchise doit être rejetée »⁴⁴³.

Cette solution n'est pas convaincante, compte tenu de l'existence de l'intérêt commun dans la franchise. Il est à noter que le « préambule » de ladite circulaire, un élément souvent inaperçu au Vietnam, précise que ce DIP « comporte une liste non exhaustive des informations nécessaires au candidat-franchisé ». Ce texte conseille ensuite aux candidats-franchisés de « se renseigner auprès d'autres franchisés » et de « se renseigner auprès des conseillers juridiques et comptables indépendants ». Il ouvre donc au franchisé la voie de chercher d'autres informations, dont la source peut être les autres franchisés ou le franchiseur. Rappelons que le franchisé travaille non seulement pour son propre compte, mais encore pour la valorisation de l'image de marque du franchiseur. Le franchiseur doit donc délivrer à son candidat franchisé non seulement toutes les informations permettant à ce dernier de forger un consentement éclairé mais porter également à la connaissance de celui-ci tout changement important survenu pendant la période de réflexion (quinze jours ouvrés avant la signature du

prestations susvisées ; 13 % déclarent enfin se charger complètement de leur élaboration. Cf. F-L. SIMON, « La formation du contrat de franchise », LPA, 4 déc. 2008 n° 243, p. 22

⁴⁴¹ O. GAST, « Comptes d'exploitation prévisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? », LPA, 31 mai 1999, n° 107, p. 6.

⁴⁴² Art. 4.3, loi commerciale de 2005. La Loi n° 2-L/CTN relative à la promulgation des textes du 12 novembre 1996 précise, quant à elle, en son article 80-3, que « Lorsqu'il y a différence entre deux textes provenant d'un même organe, le texte postérieurement promulgué doit s'appliquer ».

⁴⁴³ HO Thuy Ngoc, art. préc.

contrat)⁴⁴⁴. En imposant au franchiseur de communiquer au franchisé les changements importants survenus pendant l'exécution du contrat et non ceux survenus pendant la période de réflexion, la loi vietnamienne s'avère incomplète. Il se peut qu'après le moment où l'information a été donnée au candidat distributeur et où il a commencé sa réflexion, un événement important vienne modifier les données économiques ou juridiques. Dans cette hypothèse, cet événement doit être porté à la connaissance du candidat franchisé. Il semble qu'un nouveau délai de réflexion de quinze jours doit, dans ce cas, être donné au candidat.

La doctrine et la jurisprudence françaises sont dans ce sens.

228. Effet d'épuisement (en droit français). L'imprécision de l'article 1^{er} de la loi Doubin donne lieu à un débat sur l'étendue de l'obligation d'information. En l'effet, il incombe au franchiseur de fournir au candidat franchisé un document dont le contenu est fixé par décret. Ledit article prévoit en outre que ce document doit préciser notamment l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné... L'emploi du terme « notamment » indique-t-il que la liste des informations figurées dans le DIP n'est pas exhaustive ? Le candidat-franchisé peut-il demander à son franchiseur de lui communiquer d'autres informations non listées par les textes ?

229. La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 14 juin 1989⁴⁴⁵, l'existence d'un texte spécial créant une obligation d'information interdit toute prétention fondée sur une information ne figurant pas dans le texte. Le texte légal aurait un effet d'épuisement. Cette manière de voir n'a pas été soutenue par la doctrine.

En effet, des auteurs ont relevé que les textes particuliers ne sont qu'une expression du droit commun des contrats⁴⁴⁶ et que doit être recherchée avant tout la lucidité du consentement. Ainsi, la barrière contre le concours des normes doit être levée dans le cadre de

⁴⁴⁴ Art. 8.1 décret n° 35.

⁴⁴⁵ Bull. civ. I, n° 240. Mais revirement récent : Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19212, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 1995, 621, note S. PIEDELIEVRE ; Cass. com., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-15396 ; RJDA 2000, n° 756. Dans l'arrêt du 7 mars 2000, la Cour a approuvé l'arrêt d'appel qui avait affirmé la responsabilité précontractuelle du franchiseur, lequel n'avait pas informé la franchisée de la procédure de redressement judiciaire dont il était l'objet au moment de la conclusion du contrat.

⁴⁴⁶ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 396 ; L. AMIEL-COSME, *op. cit.*, n° 175.

l'article L. 330-3 du Code du commerce⁴⁴⁷. Le refus du concours de normes irait à l'encontre de la *ratio legis*. En effet, ce qui a motivé le législateur à édicter la loi sur l'information précontractuelle, est la nécessité de protéger la volonté du candidat qui signe un contrat « dans l'intérêt commun des parties ». Un concours de normes tendant vers le même but ne peut alors être résolu par l'exclusion de l'une d'elles.

Certaines juridictions du fond ne partageaient pas non plus la position de la Cour de cassation. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a retenu dans un arrêt du 8 juin 1995 que « les contrats spéciaux régis par des dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats pourvu qu'il n'y ait pas d'incompatibilité entre les dispositions générales et les dispositions particulières »⁴⁴⁸.

230. Revirement de la Cour de cassation. Par un arrêt du 7 mars 2000, la Cour de cassation a changé de sa position sur le sujet. En l'espèce, le franchiseur n'avait pas informé son candidat franchisé de la cession de ses actifs à une autre société après sa mise en liquidation judiciaire. Ce dernier a alors rompu le contrat de franchise et a assigné son franchiseur en paiement de dommages-intérêts. Les juges du fond ont accepté la résiliation du contrat aux torts exclusifs du franchiseur qui, selon eux, « avait manqué à son obligation de renseignement sur sa situation juridique en n'informant pas le franchisé de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ». Pour fonder son pourvoi en cassation, le franchiseur s'est référé à l'article 10-2 du contrat de franchise selon lequel l'*intuitu personae* n'était pas réciproque et s'appliquait uniquement du franchiseur vis-à-vis du franchisé. Le franchiseur avait déduit que « les modifications qui pourraient intervenir dans la personne du franchiseur telles que par exemple, fusion, scission, absorption, apport partiel d'actif, cession seraient sans effet sur l'existence ou l'exécution du présent contrat ». Il avait également soutenu que « la Cour d'appel n'a pas caractérisé la faute du franchiseur, la modification de sa situation étant indifférente en l'absence d'*intuitu personae* et a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du Code civil ». La Cour de cassation n'a pas été sensible à cette argumentation et a jugé que « le franchisé aurait dû être informé immédiatement de l'ouverture de la procédure en redressement judiciaire, compte tenu de la nature évolutive des

⁴⁴⁷ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 397. Il s'agit d'une régression dans la mesure où sont exigées des conditions (intérêt commun, engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité) que le droit commun ne connaît pas. L'auteur reconnaît toutefois l'utilité du texte pour forcer la réticence de la Cour de cassation.

⁴⁴⁸ CA Versailles, 8 juill. 1994, RTD civ., 1995, p. 97, obs. J. MESTRE.

obligations de chacun des cocontractants qui implique des relations permanentes, la communication de nouvelles techniques et de nouveaux moyens publicitaires »⁴⁴⁹.

Les juges du fond n'ont pas hésité à s'aligner sur la nouvelle position de la Cour de cassation. Le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Nîmes le 19 janvier 2005 mérite à cet égard d'être cité. En l'espèce, après avoir signé un contrat d'option de franchise et versé le droit d'entrée, le franchisé avait constaté que deux franchisés du réseau avaient précédemment été implantés sur la zone concernée, qu'ils avaient cessé leur activité et qu'ils avaient été mis en liquidation judiciaire. Il avait constaté en outre que le projet de financement proposé par le franchiseur était inférieur à la réalité économique de la zone visée. Il a demandé en conséquence la nullité du contrat pour dol et la restitution de la somme versée. Il est intéressant de noter que, pour ce faire, le franchisé ne s'est pas fondé sur la loi Doubin, mais sur les articles 1109, 1116, 1134, aliéna 3 et 1147 du Code civil. Le TGI de Nîmes lui a fait droit en indiquant que le franchiseur, en sa qualité de débiteur de l'information précontractuelle, doit prendre l'initiative de transmettre l'information au candidat et qu'il doit en plus le faire de bonne foi. Aussi, pour le tribunal, à cette obligation d'information précontractuelle instaurée par la loi Doubin doit s'ajouter le « devoir d'honnêteté élémentaire de renseigner le cocontractant sur tous les éléments propres à l'intéresser sans avoir à lui laisser le soin ou la chance de les découvrir ». Le franchiseur est tenu, en outre, d'une « obligation de fournir des informations loyales et précises sur les espérances dudit contrat ». Le tribunal en conclut donc que « la production de la liste avec adresse des franchisés existants en application de la loi du 31 décembre 1989 ne saurait permettre de considérer que la Sté Troc de l'Ile SA a rempli ses obligations d'information et de loyauté »⁴⁵⁰.

Une telle position est salubre. Elle donne la possibilité au franchisé de se forger un consentement éclairé en exigeant du franchiseur de donner toutes les informations nécessaires et de bonne foi. Le franchiseur doit fournir au candidat-franchisé non seulement toutes les informations prescrites par la loi, mais encore toutes les informations pouvant modifier la volonté de celui-ci avant qu'il signe le contrat. En d'autres termes, un concours des normes

⁴⁴⁹ Cass. com., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-15396 ; RJDA 2000, n° 756.

⁴⁵⁰ TGI Nîmes, 19 janv. 2005, obs. Y. MAROT, JCP E n° 49, 8 déc. 2005, 1775. Dans le même sens : TGI Avignon, 3^{ème} ch., sect. 1, 9 déc. 2003, Brochet c. Sté Troc de l'Ile ; CA Caen, 1^{re} ch., sect. civ., 6 mars 2001, Europe Market Office (E.M.O.) c. Mme Bourand, ép. Porrelli, confirmée par Cass. com., 24 sept. 2003, pourvoi n° 01-11595 ; CA Chambéry, ch. civ., 11 juill. 2000, deux arrêts, Sté AMTR c. Sté Serdi et Sté Culasse+. Cette dernière a retenu le dol parce que le franchisé n'avait pas été informé, au moment de la signature du contrat de franchise, des très mauvais résultats des autres membres du réseau. Or, ni la loi, ni le décret d'application n'impose à la tête de réseau de communiquer ces informations.

devrait être appliqué à la franchise, d'autant que ce type de contrat se trouve à l'épicentre⁴⁵¹ de la coexistence des règles du droit commun des obligations, du droit de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. Les applications du droit commun et du droit spécial doivent se conjuguer, s'associer afin de mieux protéger la partie la plus faible⁴⁵². Comme la doctrine l'a souligné, ces protections se complètent, non par une juxtaposition des deux régimes, mais par la subordination de la mise en jeu de la protection spéciale à la nécessité de démontrer l'altération du consentement, c'est-à-dire à la réussite d'une éventuelle action fondée sur la protection générale⁴⁵³.

2.- Les informations nécessaires au franchisé

231. Doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que la franchise est la réitération d'un succès avéré grâce, notamment, à la transmission d'un savoir-faire qui doit être « secret, substantiel et identifié » et à une assistance continue pendant la durée du contrat. Or, aucune information imposée par la loi Doubin ne permet de savoir quel est le degré de succès du concept. Si un vrai savoir-faire existe, comment sera-t-il transmis ? Quelle sera la nature de l'assistance apportée ? Il serait paradoxal qu'un franchiseur puisse commercialiser un concept au travers d'un contrat de franchise, sans informer le futur franchisé de la substance même de ce qui fait une relation de franchise. Il semble permis de conclure, avec M. MELLINGER⁴⁵⁴, qu'un franchiseur sérieux doit donner à son candidat, préalablement à la signature du contrat, toutes les informations exigées par la loi Doubin et un complément d'informations, que l'auteur appelle « complément DIP », qui permet au candidat de savoir si le concept est attractif et si le franchiseur maîtrise son deuxième métier : le « savoir-franchiser ». Ces informations complémentaires sont, selon l'auteur, les chiffres d'affaires, les marges brutes et les résultats des franchisés ; le manuel opérationnel, preuve de l'existence d'un savoir-faire ; le plan de formation initiale ; des précisions sur la manière dont l'animation est organisée

⁴⁵¹ Terme emprunté à F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD civ., 1990, p. 391.

⁴⁵² Dans le même sens : S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, th. Paris, Litec 2002, p. 66 ; A. BRUNET et A.GHOZI, « La fonction du prix en droit de la concurrence », Mél. C. MOULY, Livre II, Litec, 1998, p. 27.

⁴⁵³ Un auteur français a observé que « parfois la mise en œuvre de la protection classique est même indispensable pour sanctionner la violation des dispositions de droit spécial ». Cf. L. ATTUEL-MENDES, « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », JCP 2007, I 188. Dans le même sens : J. MESTRE et B. FAGES, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », RTD com. 1998, p. 71 ; C. PRIETO, « L'efficacité contractuelle dans le droit de la libre concurrence (illustration par la clause d'exclusivité) », RDC 2004, p. 875.

⁴⁵⁴ G. MELLINGER, « Futurs franchisés, exigez le complément DIP », Fr. Mag, 7 juill. 2009.

dans le réseau. Elles doivent permettre notamment au candidat-franchisé de savoir que son franchiseur possède bel et bien un savoir-faire, sans que les informations secrètes de celui-ci ne soient divulguées.

232. La question qui se pose dès lors est celle de savoir quelle sera la sanction si ces informations, qui ne sont pas obligatoires jusqu'à nouvel ordre, sont erronées ou fausses.

Il a été montré que le recours au principe de bonne foi n'était pas très efficace en droit vietnamien⁴⁵⁵. En droit français, il est de règle aujourd'hui que les informations délivrées, même si elles ne sont pas obligatoires, doivent être sincères. Par deux arrêts rendus le 4 octobre 2011, la Cour de cassation a confirmé sa position.

Dans une première espèce, le franchisé, tombé en liquidation judiciaire, avait sollicité l'annulation de son contrat au motif que les résultats enregistrés étaient très loin des prévisions établies par son franchiseur. La Cour d'appel de Paris avait rejeté cette demande en rappelant que la non-atteinte des résultats prévisionnels ne justifiait pas en soi l'annulation du contrat, le seul écart entre prévisions et résultats ne saurait démontrer à lui seul l'insincérité ou le manque de crédibilité des données fournies par le franchiseur, lequel n'a pas à garantir leur réalisation. La Cour de cassation a censuré les juges parisiens au visa de l'article 1110 du Code civil : « En se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁴⁵⁶. Il relève de cet arrêt que la rentabilité de l'entreprise franchisée est considérée comme entrant dans le champ juridique du « consentement » donné par le franchisé lorsqu'il signe le contrat. Il semble que si le franchisé signe le contrat, paie les droits d'entrée et les redevances mensuelles, fait des investissements importants et obéit aux contraintes imposées par son franchiseur, c'est bien parce qu'il attend de la mise en œuvre du contrat une rentabilité qui lui permettra de couvrir ses charges d'exploitation.

⁴⁵⁵ *Supra* n° 209.

⁴⁵⁶ Cass. com., 4 oct. 2011, pourvoi n° 10-20956. A été jugé dans le même sens : CA Paris, 26 janv. 2001, Juris-Data 2001-151449 ; Cass. com, 11 févr. 2003, pourvoi n° 01-03932.

Dans une seconde espèce, les résultats obtenus s'avérant inférieurs à ceux escomptés, le franchisé a sollicité l'annulation du contrat et la condamnation du franchiseur au paiement d'une indemnité et au remboursement des droits d'entrée acquittés. La Cour d'appel de Dijon, par un arrêt du 8 juin 2010, lui a donné satisfaction. La Cour de cassation a approuvé cette décision en retenant que le DIP du franchiseur est de caractère « approximatif et dépourvu de prudence »⁴⁵⁷. En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a écarté les arguments simplistes du franchiseur qui cherchait à s'exonérer de toute responsabilité dans les informations chiffrées erronées en argumentant que son franchisé est un professionnel averti et doit en conséquence apprécier lui-même la faisabilité des promesses de rentabilité.

On retrouve également dans ces deux arrêts les empreintes de l'intérêt commun qui exige la confiance dans les relations. En effet, dans le contexte de l'intérêt commun, l'attitude souhaitable, selon un auteur⁴⁵⁸, est de penser tout ce que l'on dit : le contractant doit être parfaitement sûr de ce qu'il avance. Le point de vue de la Haute juridiction française entre bien dans la logique de la confiance mutuelle sur laquelle doit reposer tout contrat d'intérêt commun. Il mérite pleinement d'être suivi par le juge vietnamien. La confiance généralisée est d'ailleurs, selon les économistes, le meilleur moyen d'assurer la performance du réseau de franchise⁴⁵⁹.

§ 2. Les informations devant être délivrées par le franchisé

233. Si le consentement du franchisé ne doit pas être altéré, celui du franchiseur est digne d'être protégé aussi. Une telle protection est nécessaire dans le contexte vietnamien où existent des pseudo-franchisés qui croient naïvement participer de plain-pied au commerce. On peut certes objecter que c'est le franchisé seul qui doit subir les dommages si l'opération échoue et que cet échec ne coûte rien au franchiseur, car c'est le franchisé seul qui doit faire des investissements. Mais il faudrait reconnaître que l'échec d'un franchisé n'est pas sans affecter le franchiseur. La marque de ce dernier sera moins attrayante⁴⁶⁰ et il aura plus de mal à recruter de nouveaux franchisés⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Cass. com., 4 oct. 2011, pourvoi n° 10-23012.

⁴⁵⁸ Une autre attitude souhaitable c'est de « dire tout ce que l'on pense ». Cf. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵⁹ B. GUEYE, art. préc., p. 177.

⁴⁶⁰ Ce fût le cas du réseau de cafétérias TRUNG NGUYEN. Cette franchise a connu au début une forte croissance. Le franchiseur a accordé une centaine de franchises rien que dans la ville de Hanoi pendant un laps

Le franchiseur doit donc pouvoir s'assurer de la qualité professionnelle et surtout de la motivation de son franchisé. Ce dernier doit dès lors « fournir au franchiseur les informations demandées par celui-ci de manière raisonnable... »⁴⁶². Malheureusement, le décret n° 35 ne donne aucune précision sur les informations que le franchiseur peut demander au franchisé. Que peut-on entendre par « demander des informations de manière raisonnable » ? S'agirait-il de la raisonabilité de l'acte de demander ou celle des informations devant être fournies ? Il semble que cela doit être les informations raisonnables, ou pertinentes. Dès lors, la question qui se pose est de savoir quelles sont les informations raisonnables. S'agirait-il des informations du même genre que le franchiseur doit communiquer au franchisé ? Aucune réponse n'est donnée par le droit positif vietnamien et la doctrine vietnamienne est muette sur ce point.

234. Selon M. FABRE-MAGNAN, l'information pertinente est celle qui porte sur un fait pertinent. Le « fait pertinent » est « un fait qui se rapporte à l'objet des obligations nées du contrat et utile pour le cocontractant »⁴⁶³. En raison de la confiance unissant les parties, le franchisé doit fournir au franchiseur toutes les informations relatives à ses obligations contractuelles.. Le contrat de franchise exige du franchisé des investissements tant financiers que personnels pour pouvoir réitérer la réussite du franchiseur. Les informations utiles pour le franchiseur sont donc notamment les informations relatives aux capacités humaine et financière, au personnel, à la motivation, à l'organisation de la société franchisée... Bref, le franchisé doit attester qu'il est en mesure de réaliser l'œuvre commune.

Section 2 : Les sanctions de l'inobservation du devoir de renseignement

235. L'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation d'information précontractuelle entraînent des conséquences. En droit vietnamien, puisque l'obligation a sa source dans le droit commercial, les conséquences de son inexécution relèvent de ce même droit. Cela n'empêche toutefois pas la victime de fonder sa demande de nullité sur le droit commun des obligations (sous-section 2). En droit français, la seule sanction prévue expressément par les

de temps seulement de quelques années. Des franchisés choisis à la hâte n'ont pas pu réitérer le savoir-faire de TRUNG NGUYEN. Le réseau a ensuite connu une forte chute du chiffre d'affaires, avec la disparition d'un bon nombre de cafétérias sur l'ensemble du pays.

⁴⁶¹ Rappelons que le franchiseur doit préciser dans le DIP le nombre des contrats qui ont été mis fin, ainsi que les motifs de leur fin.

⁴⁶² Art. 9 du décret n° 35.

⁴⁶³ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 170.

textes est de nature pénale. Les conséquences civiles reposent, pour leur part, sur les dispositions du droit commun relatives à la protection du consentement (sous-section 1).

Sous-section 1 : En droit français

236. Il se peut que le débiteur de l'obligation d'information ne délivre pas le document portant les mentions prévues par la loi vingt jours au minimum avant la signature du contrat (§ 1), ou qu'il fournisse des informations fausses (§ 2).

§ 1. Les conséquences de l'inexécution totale de l'obligation

237. Une sanction pénale est expressément prévue par la loi⁴⁶⁴ (A). Cette sanction conduit-elle à admettre la nullité automatique du contrat au tort exclusif du débiteur en cas de méconnaissance par ce dernier de l'obligation d'information qui lui incombe (B) ?

A. La sanction pénale

238. Source et nature de la sanction pénale. Compte tenu de l'importance de l'information précontractuelle dans le développement des entreprises commerciales et artisanales et dans l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, le législateur français prévoit expressément une sanction pénale en cas de méconnaissance de l'obligation d'information précontractuelle. L'article 2 du décret du 4 avril 1991⁴⁶⁵ dispose ainsi que « Sera punie des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5^{ème} classe 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 sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre susvisée.

⁴⁶⁴ La loi Doubin est sanctionnée par des dispositions pénales. Elle est donc d'ordre public. Cf. J. THREARD, « L'art. 1er de la loi Doubin du 31 déc. 1989 et les contrats de concession et de franchise », Gaz. Pal. 24 oct. 1991, p. 607.

⁴⁶⁵ Décret n°91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, JORF n°82 du 6 avril 1991, p. 4644.

En cas de récidives, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la 5^{ème} classe sont applicables ».

239. Le franchiseur est donc passible de payer, sur le fondement de l'article L. 131-13-5^o du Code pénal, 1.500 euros et 3.000 euros en cas de récidive. Force est toutefois de constater que très peu de tribunaux de police sont saisis en cas de non-respect par le franchiseur de son obligation⁴⁶⁶.

Qu'en est-il sur le plan civil ?

B. Les retombées de la sanction pénale

240. La sanction pénale édictée par la loi implique-t-elle automatiquement la nullité du contrat de franchise ? Doit-on, au contraire, considérer que la nullité doit être justifiée par un vice du consentement tel qu'exigé par le droit commun des obligations ? Certains auteurs⁴⁶⁷ estiment que l'existence d'une sanction pénale attachée à l'inobservation d'une disposition légale est le signe du caractère d'ordre public de la dite disposition. Dans une telle hypothèse,

⁴⁶⁶ T. pol. Cognac, 17 mai 1993, *Les Ann. de la Seine*, sup. jurid. et judiciaire au journal n° 20 du 14 mars 1994. Des auteurs en concluent que « la sanction pénale ainsi édictée est de caractère symbolique ». Cf. M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 45. Comme un auteur a pu le constater, « près de 20 ans après sa conception, après des centaines de jugements et d'arrêts et sans doute quelques milliers de DIP très discutables, le monde de la franchise a acquis suffisamment d'expérience pour savoir si la loi Doubin a atteint son objectif ». Cf. G. MELLINGER, « Futurs franchisés, exigez le complément DIP », *Fr. Mag*, 7 juill. 2009. Dans le même sens M. BASCHET a constaté que la loi « n'a cessé de soulever des difficultés d'interprétation et de multiples litiges que les tribunaux apprécient au cas par cas, d'où une jurisprudence disparate ». Cf. D. BASCHET, *op. cit.*, p. 287. Pour renforcer l'efficacité de la loi, selon M. BEHAR-TOUCHAIS, « la seule sanction de l'inexécution des obligations d'information qui soit vraiment effective, c'est la déchéance {...}, c'est-à-dire une sanction qui punit la faute sans remettre en cause le contrat, mais qui est déconnectée des conséquences du défaut d'information (préjudice ou vice du consentement). Pourquoi ne pas instaurer une sanction similaire en droit de la distribution, par exemple une déchéance de tout ou partie de son droit aux redevances de franchise pour le franchiseur qui n'a pas rempli son obligation d'information ? Cette déchéance pourrait être encourue pour toute la durée du contrat s'il est à durée déterminée, ou jusqu'à une information régulière du franchisé si le contrat est à durée indéterminée ». Cf. M. BEHAR-TOUCHAIS, « À la recherche du domaine et de la sanction de l'obligation d'information », *RDC* 2003, p. 158.

⁴⁶⁷ J.-P. CLÉMENT, « La nouvelle donne juridique de la franchise », *Gaz. pal.* 14-15 juin, 1991, p. 6. Dans le même sens : V. SELINSKY, « Les sanctions de l'article 1^{er} », *Cah. dr. entr.* 1990, p.26 et 27, qui évoque la question mais sans véritablement prendre parti sur ce point. V. toutefois C. CHAMBONNAUD, « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », *Mél. J. DERRUPE*, 1991, p. 123, qui relève que la loi ne dit à aucun endroit qu'elle est ou non d'ordre public, alors qu'il aurait été facile au législateur de le préciser. V. également J. BORE, « Morte au champ d'honneur, la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadres de longue durée », in *Mél. C. CHAMPAUD*, *Daloz* 1997, p. 101 et s. et spécialement p. 10 sur la loi Doubin ; COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 2^{ème} éd. Précis Dalloz, Paris 1993, n° 939 ; J.-P. CLÉMENT, « La nouvelle donne juridique de la franchise », *Gaz. pal.* 14-15 juin, 1991, p. 287 et 291 ; L. et J. VOGEL, « Loi Doubin: des certitudes et des doutes. Premier bilan sur l'information précontractuelle après cinq ans d'application de la loi (1990-1995) », *D. Affaires*, 1995, p. 5 et 8.

« maintenir le contrat serait perpétuer l'infraction, donc violer l'ordre public »⁴⁶⁸. Pour ces auteurs, le non respect de la loi Doubin et de son décret d'application, qui sont d'ordre public, devrait donc être sanctionné par la nullité.

241. Une jurisprudence, au départ majoritaire⁴⁶⁹, avait jugé que le contrat de franchise devrait être annulé pour non-respect par le franchiseur des dispositions de la loi Doubin et du décret du 4 avril 1991 portant application de cette loi. Cette jurisprudence avait retenu une nullité de plein droit ou automatique. En effet, la Cour d'appel de Paris avait fondé la nullité sur le fait que les informations relatives à la liste et à l'adresse des membres du réseau, informations exigées par la loi, « étaient indispensables {au franchisé} pour s'engager en toute connaissance de cause sur l'état général et local du marché des produits devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché »⁴⁷⁰.

Cette thèse de la nullité automatique a l'avantage d'être prévisible⁴⁷¹ et dissuasive dans la mesure où elle incite les franchiseurs à se conformer strictement, dès le départ, aux dispositions légales et réglementaires sans spéculer sur l'éventualité d'échapper à une annulation. Force est toutefois de constater qu'elle ne correspond pas aux règles du droit commun relatives à la protection du consentement. Dès lors, il serait opportun d'observer, avec une partie de la doctrine, que le fait de prononcer systématiquement une nullité au mépris des règles du droit commun conduirait à appliquer une sanction sans vérifier que le consentement a été vicié. Il n'est en effet pas exclu que l'absence d'information ou même une

⁴⁶⁸ P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Cujas 1998, n° 526. Monsieur TIQUANT, en commentant l'arrêt du 10 févr. 1998 de la Cour de cassation qui a soumis la nullité du contrat à la preuve d'un vice du consentement, a remarqué qu'« une telle restriction des conséquences de la violation de la loi Doubin, pénalement sanctionnée, n'est pas satisfaisante puisqu'elle suppose soit la remise en cause du caractère d'ordre public du droit pénal, soit l'absence d'effectivité de l'art. 6 c. civ ». Cf. O. TIQUANT, « Rétablir l'autorité de la loi... Doubin », *D.* 2002, p. 2597.

⁴⁶⁹ T. com. Paris, 28 oct. 1992, *JCP* 1993, p. 358 ; CA Paris, 7 avr. 1993, *LPA*, 3 déc. 1993, n° 145, p. 15, note Y. MAROT ; CA Paris, 17 mai 1995, *RJDA* 1996, n° 331 ; *D.* 1997, p. 55, obs. D. FERRIER ; CA Paris, 7 juill. 1995, *JCP E* 1998, p. 605, obs. P. NEAU-LEDUC ; *D.* 1998, p. 337, obs. D. FERRIER ; CA Montpellier, 4 déc. 1997, *LPA*, 6 juill. 1998, n° 80.

⁴⁷⁰ CA Paris, 24 mars 1995, *D.* 1995, p. 138 ; *JCP*, 1995 I 3867, obs. C. JAMIN.

⁴⁷¹ Des auteurs observent toutefois qu'elle aurait eu l'inconvénient essentiel de favoriser la mauvaise foi d'un distributeur qui chercherait à se délier d'un contrat en invoquant un oubli du fournisseur dans la délivrance des informations, et cela alors même qu'il n'aurait pas souffert de ce manquement. En d'autres termes, une nullité automatique aurait favorisé ce que les économistes appellent les comportements opportunistes des distributeurs. Or, la nullité, quand elle est une « épée de Damoclès » suspendue sur le contrat de distribution, a déjà révélé ses effets pervers, puisque dans le domaine de la détermination du prix, il a été montré qu'elle était finalement utilisée par les distributeurs dans un tout autre objectif que celui visé par la règle. Cf. M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 49 et s.

information inexacte ait été sans incidence sur la volonté du franchisé⁴⁷². Une telle sanction paraît donc disproportionnée⁴⁷³. La forme ne devrait pas primer sur le fond.

242. La Cour de cassation a tranché cette controverse dans un arrêt de principe du 10 février 1998 en jugeant que la nullité du contrat suppose que la méconnaissance de l'obligation d'information ait vicié le consentement du cocontractant. Elle a en effet cassé pour manque de base légale une décision qui avait annulé six contrats de location-gérance conclus avec exclusivité d'approvisionnement des locataires-gérants sans rechercher « si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants »⁴⁷⁴.

Les juges du fond se sont alignés sur cette position pour statuer, en matière de franchise, que « même en cas de non respect de l'obligation légale d'information édictée par l'article susvisé, le juge ne peut annuler le contrat sans rechercher si le défaut d'information a eu pour effet de vicier le consentement du contractant »⁴⁷⁵. On ne peut que se réjouir de cette solution car c'est la qualité des informations transmises qui prime sur le formalisme. Elle présente pourtant un inconvénient au franchisé. Désormais, celui-ci doit non seulement démontrer que le franchiseur ne lui a pas communiqué le DIP et le projet de contrat dans le délai prescrit par la loi, mais encore prouver que ce défaut d'information a eu pour effet d'altérer son consentement. Si la première tâche ne présente pas de réelle difficulté, ce n'est pas le cas pour la seconde. Dans la pratique, les juges du fond examinent et apprécient eux-mêmes si l'absence d'information a été à l'origine d'une erreur ou d'un dol empêchant le franchisé de s'engager en connaissance de cause. Ils prennent à cet effet en considération le fait que les parties entretenaient déjà des relations contractuelles antérieurement à la signature du nouveau

⁴⁷² V. SELINSKY, art. préc.

⁴⁷³ N. VIGNAL, « La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence) », RIDC, 1998, n° 357 et s. Dans le même sens : N. RZEPECKI, « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », JCP n° 47, 23 nov. 2005, II 10160 ; D. MAZEAUD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 2001, D. affaires 2002, p. 71.

⁴⁷⁴ Cass. com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71 ; D. 1998, p. 334, obs. D. FERRIER ; JCP E 1998, p. 894, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1998, p. 733, obs. DELEBECQUE ; Contrats, conc. cons., 1998, comm. n° 55, note L. LEVENEUR ; LPA 23 sept. 1998, p. 18, note MALAURIE-VIGNAL et PETITIER ; Y. MAROT, « Loi Doubin, encore ! Mais enfin une réponse claire par la Cour de cassation », Lettre de la FFF, mai 1998, p. 4 ; RTD com. 1998, p. 911, obs. BOULOC. Des arrêts ont été rendus ultérieurement dans le même sens : Cass. com., 19 oct. 1999, pourvoi n° 97-14366, pourvoi n° 97-14367, RJDA 2000, n° 258 ; Cass. com., 21 nov. 2000, pourvoi n° 98-12527, Contrats, conc. cons., 2001, comm. 20, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 7 juill. 2004, pourvoi n° 02-15950, Bull. civ. IV, JCP 2004, p. 2941 ; Contrats, conc. cons., 2004, comm. 170, note L. LEVENEUR ; RTD com. 2005, p. 406, obs. B. BOULOC ; CA Rennes, 1^{er} avr. 1998, RTD civ., 1999, p. 87, obs. J. MESTRE ; CA Paris, 6 nov. et 11 déc. 1998, RJDA 1999, n° 400 ; CA Toulouse, 26 janv. 2006, Lettre Distribution, mai 2006, p. 4.

⁴⁷⁵ CA Versailles, ch. 03, 05/04972, 20 oct. 2006.

contrat⁴⁷⁶, le fait que le franchisé était déjà un professionnel du marché concerné⁴⁷⁷ et le fait que ce dernier est particulièrement averti⁴⁷⁸, connaissant les règles et le fonctionnement de la franchise⁴⁷⁹.

§ 2. Les conséquences de la mauvaise exécution de l'obligation d'information

243. La mauvaise exécution de l'obligation d'information précontractuelle peut se traduire par la délivrance d'informations erronées ou fausses de nature à vicier le consentement du créancier de l'obligation. Le contrat est alors frappé de nullité conformément aux articles 1109 et 1116 du Code civil.

La pratique judiciaire en France montre que les juges ont tendance à rechercher en premier lieu si le dol est établi⁴⁸⁰. C'est à défaut qu'ils se placent sur le terrain de l'erreur⁴⁸¹.

244. Cas de dol (notion). Le dol, vice du consentement, « désigne toutes les tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter »⁴⁸². Dans tout dol il y a une erreur. Ce vice du consentement trouve un de ses terrains d'élection dans l'absence de délivrance d'une information due (on parle alors de réticence dolosive), ou dans la délivrance d'une information erronée ou incomplète.

Toutefois, la violation négative ou positive d'une obligation précontractuelle d'information ne suffit pas à fonder une annulation du contrat pour dol. Aussi, l'art. 1116 du Code civil français prévoit que « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les

⁴⁷⁶ T. com. Paris, 25 janv. 2001, RG n° 98 037704.

⁴⁷⁷ T. com. Paris, 10 mars 1999, Fr. Mag. juin-juill. 1999, p. 26 ; TGI Colmar, 30 mars 2000, Fr. Mag. oct. nov. 2000, n° 160, p. 14.

⁴⁷⁸ CA Nîmes, 10 mars 1999, L'Off. de la fr. n° 31, p. 118 ; Cass. com., 10 mai 2000, JCP E 2001, Cah. dr. entrepr. n° 2, p. 28, obs. D. MAINGUY et J-L. RESPAUD.

⁴⁷⁹ CA Paris, 26 mars 1999, Lettre européenne des réseaux commerciaux, 1^{er} trim. 2000, p. 9 ; T. com. Marseille, 29 avr. 1999, Fr. Mag. août-sept. 1999, n° 153, p. 24.

⁴⁸⁰ Tribunal de commerce de Paris, 7 nov. 2005, Juris-Data n° 299489 ; CA Paris, 26 janv. 2001, Juris-Data n° 151449 ; CA Rennes, 17 juin 2008, Juris-Data n° 2008-006572 ; CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632.

⁴⁸¹ Il est à noter qu'une erreur ne peut être sanctionnée que par la nullité relative du contrat c'est-à-dire que seule la victime de l'erreur peut en demander le prononcé de cette nullité devant les tribunaux. Encore faut-il que l'erreur du franchisé soit véritable (Cass. com., 17 nov. 1998, pourvoi n° 96-15138, Bull. civ. IV, n° 271, p. 226). Lorsque l'inadaptation du système ne permet pas une exploitation normale, le franchisé peut invoquer l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet. Cf. CA Chambéry, 11 juill. 2000, RJDA 2001, n° 289 ; Cah. dr. entr. 2001/4, 28, obs. D. MAINGUY. L'erreur sur les qualités substantielles de la personne peut également être retenue, le contrat de franchise étant conclu *intuitu personae*. Ainsi, un contrat de franchise a été annulé sur ce fondement, car le franchiseur ne présentait pas au moment de la conclusion du contrat les qualités d'expérience, de notoriété et d'ancienneté alléguées.

⁴⁸² F. TERRÉR, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 1999, n° 220.

manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». C'est donc une tromperie qui a pour but d'amener une personne à conclure un contrat en l'induisant en erreur. Hormis une différence qui réside dans le fait que le dol, en droit vietnamien, peut être causé par un tiers au contrat, on voit dans les deux systèmes le rapprochement avec l'erreur. C'est la raison pour laquelle il est parfois difficile de délimiter le domaine de l'une et de l'autre. Toutefois, le dol est beaucoup plus sévèrement puni dans la mesure où il permet à la victime d'obtenir, outre la nullité du contrat, le versement de dommages-intérêts. Le dol a en outre un domaine beaucoup plus large que celui de l'erreur.

245. Cas de dol (appréciation). Pour qu'il y ait dol en droit français, non seulement les manœuvres frauduleuses doivent être intentionnelles mais il faut encore qu'elles soient suffisamment graves. Celles-ci permettent de faciliter la preuve de l'erreur commise. En matière de franchise, lorsque le franchiseur manque de diligence dans l'étude préalable à laquelle il se livre et communique des prévisions de mauvaise qualité qui encouragent excessivement son futur partenaire à conclure le contrat, il commet assurément une faute. Le franchisé déçu des résultats réels de son activité peut alors reprocher à son franchiseur de deux façons. Ou bien il se contente d'engager la responsabilité contractuelle du franchiseur et d'obtenir la réparation du préjudice que cette faute lui a causé. Ou bien il demande, outre la réparation du préjudice causé, l'annulation du contrat de franchise. Le franchiseur, en se montrant exagérément optimiste dans ses prévisions, commet assurément un dol dans la formation du contrat. Pour illustrer ce propos, il est opportun de rapporter ici une décision de la Cour d'appel de Paris rendue le 4 décembre 2003.

246. Cas de dol (exemple). En l'espèce, une personne est entrée en contact en 1996 avec la société Geneviève Lethu, qui anime un réseau de franchise dans le domaine des arts de la table, en vue d'ouvrir un magasin Geneviève Lethu à Dunkerque. Des rencontres et échanges de correspondances entre le candidat-franchisé et la société franchiseur ont permis de valider le choix du premier quant à l'emplacement du magasin et d'établir un compte d'exploitation prévisionnel succinct. Quelque temps après, le franchiseur a transmis à son candidat-franchisé un document de 102 pages. Se basant sur ce document, le candidat-franchisé a signé le contrat de franchise. Malheureusement, les résultats de l'exploitation ont été mauvais. Le chiffre

d'affaires était inférieur d'environ 38 % à l'hypothèse basse calculée par le franchiseur. Le franchisé a alors assigné son franchiseur devant le Tribunal de commerce de Paris pour le voir déclaré responsable de la rupture anticipée du contrat de franchise et obtenir la réparation de son préjudice.

La Cour d'appel de Paris a fait droit à cette demande au motif que le franchiseur a commis un dol en fournissant au franchisé « des éléments d'information gravement erronés sur l'état de la concurrence locale », sur la base desquels il a ensuite fait « une estimation, qui ne pouvait être elle-même qu'erronée et exagérément optimiste, du chiffre d'affaires prévisible ». Il s'agit ici, selon les juges parisiens, d'actes intentionnels, car le franchiseur a omis de communiquer au franchisé « les éléments de calcul, qui auraient permis un contrôle et une approche critique par le candidat », et a passé « sous silence des informations, comme le dépôt de bilan du franchisé d'une ville proche, qui auraient été de nature à rendre le candidat plus méfiant ou au moins plus prudent à l'égard du chiffre d'affaires prévisionnel annoncé »⁴⁸³.

247. Nullité pour dol (conséquence). La Cour d'appel de Paris⁴⁸⁴ a rappelé récemment dans un arrêt du 19 novembre 2008 que la nullité du contrat de franchise a un effet rétroactif et contraint les deux parties à revenir dans l'état antérieur à la conclusion du contrat. Il n'y a pas de réelle différence entre les deux systèmes français et vietnamien sur ce point⁴⁸⁵. Il n'en va toutefois pas de même pour les sanctions alternatives.

248. Sanctions alternatives. Dans certaines situations, les conséquences de la nullité ne conviennent pas au franchisé. Il en est ainsi lorsqu'elle aboutit à d'importantes restitutions de matériel au franchiseur⁴⁸⁶, ou lorsque le contrat lui a procuré ou lui procure toujours un certain intérêt. Dans de tels cas, le franchisé peut solliciter des sanctions alternatives à la nullité.

⁴⁸³ CA Paris, 4 déc. 2003, Juris-Data n° 2003-233437.

⁴⁸⁴ CA Paris, 19 nov. 2008, Juris-Data n° 2008-372538.

⁴⁸⁵ En effet, l'article 137 du Code civil vietnamien de 2005 prévoit :

« 1. L'acte de la vie civile frappé de nullité ne produit, modifie ou fait éteindre, du jour de sa conclusion, ni droits ni obligations civiles au profit ou à la charge des parties.

2. Lorsqu'un acte de la vie civile a été frappé de nullité, les parties sont tenues de rétablir l'état antérieur et de se restituer mutuellement ce qui a été reçu ; si la restitution ne peut être opérée en nature, elle doit être opérée en numéraire, sauf dans les cas où les biens sur lesquels porte l'acte de la vie civile, les fruits et revenus perçus sont confisqués conformément à la loi. La partie fautive qui a causé des dommages est tenue de les réparer ».

⁴⁸⁶ Dans le cas d'un franchisé pompiste par exemple.

À ce titre, un arrêt rendu le 27 janvier 2009 par la Cour de cassation mérite une attention particulière. La Cour a en effet rappelé que le dol commis par le franchiseur n'est pas nécessairement sanctionné par la nullité du contrat. En l'espèce, une cour d'appel⁴⁸⁷ avait rejeté l'action introduite par un franchisé sur la base du dol au motif que ce dernier avait uniquement sollicité la condamnation du franchiseur à lui verser des dommages et intérêts alors que la sanction du dol est nullité du contrat. L'arrêt d'appel a été censuré par la Cour de cassation au motif que « le droit de demander la nullité n'exclut pas l'exercice par la victime de manœuvres dolosives d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice subi »⁴⁸⁸.

Cette décision s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence⁴⁸⁹ constante en droit des contrats français. Le dol, qui constitue non seulement un vice du consentement mais également une faute civile, peut être sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts. Dans une telle hypothèse, il est souhaitable que le juge cherche, sur la demande de la victime, si le contrat lui procure toujours un intérêt⁴⁹⁰. Dans l'affirmative, la demande de sanction alternative peut être retenue. La victime du dol peut également limiter sa demande à une simple réduction de prix⁴⁹¹.

Sous-section 2 : En droit vietnamien

249. L'obligation d'information précontractuelle étant bilatérale, il convient d'abord d'analyser les sanctions édictées contre le franchiseur (§ 1), ensuite ceux édictées contre le franchisé (§ 2).

§ 1. A l'encontre du franchiseur

250. Deux sanctions sont susceptibles d'être infligées au franchiseur lorsque celui-ci ne respecte pas l'obligation d'information qui lui incombe : l'une est d'ordre administratif (A), l'autre d'ordre civil (B).

⁴⁸⁷ CA Paris, 26 sept. 2007.

⁴⁸⁸ Cass. com., 27 janv. 2009, pourvoi n° 07-21616, inédit.

⁴⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1975, pourvoi n° 72-13217, Bull. civ. I, n° 43, p. 41 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1988, pourvoi n° 85-18763, Bull. civ. I, n° 265, p. 183 ; Cass. com., 18 oct. 1994, pourvoi n° 92-19390, Bull. civ. IV, n° 293, p. 235 ; *D.* 1995, p. 180, note ATIAS.

⁴⁹⁰ En ce sens : DO Van Dai, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat*, th. Marseille, 2005.

⁴⁹¹ Cass. com., 14 mars 1972, pourvoi n° 70-12659, Bull. civ. 1972 n° 90, p. 86.

A. Sanction administrative

251. Renvoi. En cas de non-respect de l'obligation d'information précontractuelle, le franchiseur est passible, conformément aux prescriptions de l'article 24-1-c du décret n° 35, d'une peine d'amende. Cette sanction peut être prononcée en cas de fourniture tardive du DIP, de communication incomplète d'informations⁴⁹², de transmission d'informations mensongères⁴⁹³, ou encore d'inobservation du règlement portant sur les modalités d'enregistrement et d'information auprès d'une autorité compétente de l'activité qu'il entend franchiser. L'article 25 dudit décret prévoit ensuite que « Le montant et les procédures sont similaires à ceux qui sont prévus par les règles relative à l'exécution des contraventions administratives ». Ces règles relatives à « l'exécution des contraventions administratives » sont comprises dans le décret n° 175 daté du 10 octobre 2004 sur l'exécution des contraventions administratives en matière commerciale⁴⁹⁴. Or, ce décret étant daté de 2004, a été promulgué à une époque où la franchise n'était pas encore légalement reconnue. Il ne contient dès lors aucune disposition relative aux contraventions administratives en matière de franchise. Cette absence rend inefficace la sanction administrative pour non-respect de l'obligation d'information précontractuelle en matière de franchise. Interrogé sur le sujet pour les besoins de cette recherche, le directeur du Département juridique⁴⁹⁵ relevant du Ministère de l'Industrie et du Commerce a précisé qu'il n'est pas rare que les franchiseurs étrangers ne respectent pas l'obligation d'enregistrement de la franchise et d'information auprès du Ministère. Or, aucune sanction administrative n'est infligée au franchiseur fautif. De même, l'inobservation de cette obligation fait que les recensements ne reflètent pas la réalité. En effet, selon les statistiques du Ministère, le nombre des franchiseurs étrangers en juillet 2009 était de vingt neuf, alors qu'ils étaient à cette date plus de cinquante, toujours selon le directeur.

252. S'il est vrai que la sanction administrative s'avère pour le moment inefficace, il ne semble pas qu'il faille l'abroger. Cette sanction peut présenter au moins deux avantages, sous

⁴⁹² Art. 24-1-c du décret n° 35.

⁴⁹³ Art. 24-1-d du décret n° 35.

⁴⁹⁴ Entré en vigueur le 27 octobre 2004.

⁴⁹⁵ C'est ce département, en concertation avec le Département du plan, qui doit gérer les enregistrements de la franchise internationale et envisager des mesures nécessaires en cas de découverte de faute.

condition évidemment que l'on amende le décret 175 en y introduisant une partie précisant les modalités et le montant⁴⁹⁶ des sanctions administratives en matière de franchise.

D'une part, la voie administrative est beaucoup plus rapide et moins coûteuse que la voie juridictionnelle. D'autre part, elle permet un contrôle préalable de l'administration. Les textes imposent en effet au franchiseur une obligation d'information non seulement à destination du candidat-franchisé mais encore à destination de l'autorité compétente⁴⁹⁷. L'enregistrement comporte une demande jointe à un DIP, un projet de contrat de franchise, ainsi que des documents justifiant la capacité juridique du franchiseur et son droit de propriété sur les signes distinctifs qu'il entend mettre à la disposition de son franchisé. Le franchiseur doit respecter strictement cette obligation, sous peine de ne pas se voir octroyer le permis de franchise. Une telle exigence, bien que critiquée comme constituant une immixtion du pouvoir public dans les affaires privées, est salutaire dans la mesure où la franchise est toute nouvelle au Vietnam. Elle permet un contrôle du sérieux du franchiseur par les services compétents, évitant ainsi les pseudo-franchises.

Outre cette peine administrative, la victime du non-respect de l'obligation d'information précontractuelle peut envisager de se placer sur le terrain du droit civil.

B. Sanction civile

253. Après avoir montré que la résiliation du contrat de franchise en cas d'inobservation de l'obligation précontractuelle d'information n'est pas adéquate (1), il convient d'expliquer pourquoi le retour au droit commun des obligations reste le meilleur moyen de protection du consentement (2).

1.- L'inadéquation de la résiliation

254. En dépit de l'importance de la communication des informations pour la protection du consentement du franchisé, le législateur vietnamien prévoit simplement la possibilité de résilier le contrat de franchise par la victime de l'inobservation de l'obligation d'information.

⁴⁹⁶ Ce montant doit être suffisamment important pour rendre la sanction dissuasive et donc préventive.

⁴⁹⁷ Selon le Point II-6 de la Circulaire du 25 mai 2006 relative à l'enregistrement de la franchise, pour une franchise domestique, le franchiseur doit enregistrer sa franchise auprès du Département d'industrie et de commerce de la province où se trouve le candidat-franchisé. Dans le cas d'une franchise internationale, le franchisé doit déposer son enregistrement auprès du Ministère de l'industrie et du commerce.

En effet, selon les termes de l'article 16 du décret n° 35 auquel renvoie l'article 287 de la loi commerciale, le non-respect de l'obligation d'information précontractuelle ouvre droit à la résiliation unilatérale⁴⁹⁸ du contrat de franchise par le franchisé.

Le législateur vietnamien aurait peut-être fait une confusion. En effet, le franchiseur est tenu d'une obligation d'information non seulement avant la signature du contrat mais encore pendant l'exécution de celui-ci. Si le défaut d'information précontractuelle a pour effet de vicier le consentement du créancier, il conduit à la nullité du contrat de franchise. Si, en revanche, le défaut d'information survient pendant l'exécution d'un contrat de franchise valablement formé, il peut donner lieu à la résiliation de celui-ci. La résiliation prévue pour l'inobservation d'une obligation précontractuelle est inadéquate pour trois raisons.

En premier lieu, la résiliation du contrat ne peut résulter que de l'inexécution d'une obligation contractuelle, alors que l'obligation d'information assumée par le franchiseur lui incombe pendant la période précontractuelle. Prévoir une résiliation du contrat de franchise pour le non respect de l'obligation précontractuelle d'information, conduit à contredire un principe élémentaire du droit des obligations.

En deuxième lieu, les textes ouvrent droit au franchisé de résilier unilatéralement le contrat sans avoir à justifier le lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice causé. Cette résiliation laisse à penser que le formalisme informatif prime sur le contenu de l'obligation. Dans la pratique, une telle résiliation permet à un franchisé malhonnête de se dégager, sous prétexte d'un quelconque oubli du franchiseur dans la présentation du DIP, d'un contrat dont il juge les résultats décevants. Le but de la loi risque donc d'être détourné : la fonction de l'obligation précontractuelle d'information est de renseigner sur les risques du contrat à venir et non de permettre à un cocontractant de se libérer d'un contrat qui ne lui convient pas⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Article 426. Résiliation unilatérale du contrat

1. Une partie peut résilier unilatéralement le contrat, si la résiliation unilatérale est prévue par la loi ou conventionnellement par les parties.

2. La partie qui a résilié unilatéralement le contrat doit informer l'autre partie sans délai. Si, à défaut d'une telle information, un préjudice est causé à l'autre partie, la partie qui a résilié le contrat est tenue à réparation.

3. Le contrat qui a été résilié unilatéralement par une partie cesse de produire effet à compter du moment où l'autre partie a été informée de la résiliation. Les parties ne sont plus tenues d'exécuter leurs obligations respectives. La partie qui a exécuté son obligation peut demander à l'autre partie de payer les livraisons effectuées.

4. La partie par la faute de laquelle le contrat a été résilié unilatéralement est tenue de réparer le préjudice causé.

⁴⁹⁹ Dans le même sens : LE Minh Hung, *La validité du contrat en droit vietnamien (Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam)*, th. Université du droit de Hochiminh-ville, 2010, p. 30.

En dernier lieu, l'inadéquation de la sanction réside dans les conséquences même de la résiliation. En effet, n'ayant pas d'effet rétroactif, la résiliation fait que le contrat cesse de produire effet au moment de la réception par le franchiseur du préavis de résiliation du franchisé. La loi reconnaît donc la validité du contrat jusqu'au moment de sa résiliation alors même que le consentement d'une partie était vicié dès le départ, ce qui est manifestement contraire aux dispositions du Code civil de 2005 relatives aux conditions de validité du contrat.

Devant une telle inadéquation, il semble qu'un retour au mécanisme classique de la protection du consentement établi par le Code civil est nécessaire⁵⁰⁰.

2.- La nullité sur le fondement du droit commun des contrats

255. Il a été montré⁵⁰¹ que le candidat-franchisé peut d'exiger de son franchiseur la fourniture d'informations autres que celles prescrites par la loi. Ce concours de normes permet de mieux protéger le consentement de celui qui s'engage dans la réalisation d'une œuvre commune. De même, une complémentarité de sanctions permet de protéger efficacement la victime de l'inobservation de l'obligation d'information.

On peut certes rétorquer qu'il ne peut pas y avoir de « nullité sans texte », que la nullité s'avère par ailleurs peu adéquate à la pratique commerciale moderne⁵⁰² dans la mesure où le contrat de franchise est un contrat cadre à exécution successive suivi de contrats d'application. La résiliation du contrat principal de franchise aurait dans ce cas pour avantage de ne pas affecter les contrats d'application (notamment les contrats d'approvisionnement). Toutefois, il semble permis de penser que cet avantage n'est pas réel, car la nullité du contrat-cadre ne rend pas nuls les contrats d'application⁵⁰³. La mise à néant du contrat de franchise n'a pas pour effet d'anéantir les contrats d'approvisionnement. Elle met simplement fin à ces derniers.

⁵⁰⁰ Dans le même sens : DO Van Dai, *Droit vietnamien du contrat, commentaires d'arrêts*, 2^{ème} éd. 2009, Chính trị quốc gia, p. 193 et s.

⁵⁰¹ *Supra* 226 et s.

⁵⁰² NGUYEN Thi Mo, source personnelle de l'auteur. Mme NGUYEN est un des auteurs de l'élaboration de la loi commerciale de 2005. Selon elle, « sauver le contrat, tout en l'expurgeant de ses défauts : telle est la voie suivie par le droit contemporain ». Dans le même sens : HO Thuy Ngoc, Colloque sur « International Experience on Distribution Service Management and Recommendations for Policy-Marketing in Vietnam », projet MUTRAP III, Hanoi, 2010.

⁵⁰³ Art. 410-2 du Code civil de 2005 prévoit que « La nullité du contrat principal entraîne la fin du contrat accessoire ».

Pour que la nullité soit fondée, il convient au demandeur de prouver que son consentement a été vicié sur le fondement des dispositions du Code civil.

256. Diversité de vices. Les articles 130, 131 et 132 du Code civil vietnamien prévoient les vices du consentement suivants : erreur, dol, violence. Ces vices peuvent conduire à la nullité du contrat. En matière d'information précontractuelle, le consentement de l'une ou de l'autre partie au contrat peut être vicié par une information mensongère sur le réseau du franchiseur ou sur les possibilités de gain, ou par le silence du franchiseur quant aux peines qui lui ont été infligées dans le passé, ou encore par l'absence d'information sur la capacité financière du franchisé.

En pratique, pour établir que le consentement a été vicié, on évoque souvent le dol car le dol implique toujours une erreur.

257. Cas de dol (notion). Considéré par l'art. 132 du Code civil vietnamien comme une cause de nullité du contrat, le dol est « un comportement intentionnel d'une partie ou d'un tiers qui vise à induire une autre partie en erreur sur la personne du cocontractant, sur la nature de l'objet ou sur le contenu de l'acte et qui conduit l'autre partie à s'engager ». A la différence du droit français selon lequel le dol n'est une cause de nullité que s'il émane du cocontractant⁵⁰⁴, le dol en droit vietnamien peut être causé par un tiers au contrat⁵⁰⁵.

Le franchisé peut ainsi invoquer le dol quel qu'en soit la provenance : le franchiseur lui-même, son représentant ou un tiers, à condition toutefois dans le dernier cas de prouver que le franchiseur savait ou devait nécessairement savoir l'existence du dol⁵⁰⁶, car le dol suppose un agissement intentionnel.

258. Cas de dol (appréciation). Pour qu'il y ait dol, il faut satisfaire deux conditions. D'une part, qu'il existe un comportement intentionnel. D'autre part, que ce comportement a pour conséquence d'induire l'autre partie en erreur. Dans le texte vietnamien, ce mot est « *hành vi* » qui peut être traduit en français par « comportement ». Selon certains auteurs, c'est

⁵⁰⁴ Cass. com., 1^{er} avr. 1952, *D.* 1952, 380 et 685, note COPPER-ROYER ; Cass. com., 22 juill. 1986, pourvoi n° 85-12392, *Bull. civ. IV*, n° 163, p. 138.

⁵⁰⁵ Art. 132 du Code civil.

⁵⁰⁶ En ce sens : NGO Huy Cuong, « Du consentement dans le contrat » (*Về yếu tố ưng thuận của hợp đồng*), *Rev. Etudes législatives*, 2009.

un « acte »⁵⁰⁷. Par conséquent, une partie ne peut justifier la nullité du contrat par dol que si l'autre partie effectue un acte intentionnel de nature à induire l'autre partie en erreur. Le silence ne peut ainsi constituer un dol si la loi n'impose pas à son auteur de fournir une information quelconque. Mais selon certains d'autres, il s'agit d'un comportement et ce terme doit être compris de façon plus large⁵⁰⁸.

Une question plus délicate est de savoir s'il y a dol lorsque le franchiseur ne fournit pas au franchisé les informations qui ne sont pas listées dans les textes et que c'est à cause de ce silence que celui-ci n'a pas pu s'engager en connaissance de cause ?

Si on se limite à la loi commerciale, la réponse négative doit l'emporter, car le législateur a énoncé les informations devant être délivrées par le franchiseur. Cela étant, celui-ci n'est pas tenu d'en délivrer d'autres. Mais si on se réfère aux dispositions du droit commun, la réponse serait positive. Ainsi, la Cour populaire suprême du Vietnam⁵⁰⁹ a annulé un contrat de cession d'un droit d'utilisation de terrain au motif que « le cédant savait bien que les terrains cédés se situent dans la zone faisant l'objet d'un aménagement (et donc inutilisables), mais n'a pas informé son cessionnaire de cet état ». Cette dissimulation d'information sur un élément déterminant de l'objet du contrat constitue donc une manœuvre dolosive et doit être sanctionnée par la nullité du contrat.

La transposition de cette décision à la franchise serait souhaitable dans la mesure où elle exige du franchiseur une forte dose de loyauté en contrepartie des investissements que le franchisé a déployés au service de l'intérêt commun.

§ 2. A l'encontre du franchisé

259. Obligation sans glaive. Pour pouvoir réitérer le concept du franchiseur, certaines qualités du franchisé peuvent se révéler essentielles. Or, il se peut que le candidat franchisé, désireux d'intégrer un réseau de franchise, trompe le franchiseur par de fausses déclarations portant par exemple sur sa compétence, sa capacité financière ou la nature des activités qu'il exerce. À cet égard, le législateur vietnamien a prévu une protection particulière du consentement du franchiseur en lui accordant le droit d'imposer à son candidat franchisé de

⁵⁰⁷ LE Thi Bich Tho, *De la nullité du contrat économique (Về sự vô hiệu của hợp đồng kinh tế)*, éd. Chính trị quốc gia, Hanoi, 2004, p. 56, cité par DO Van Dai in « L'obligation d'information en droit vietnamien des contrats », Rev. Démocratie et Droit, 2007.

⁵⁰⁸ DO Van Dai, art. préc.

⁵⁰⁹ Décision n° 30/2003/HDTP-DS du 3 nov. 2003.

lui fournir toutes les informations qu'il juge pertinentes⁵¹⁰. Dès lors, il serait logique de voir préciser dans le décret n° 35 la sanction encourue par le franchisé en cas d'inexécution de l'obligation d'information qui lui incombe. Or, vainement cherchera-t-on dans ce texte la moindre indication sur ce point.

260. Recours au principe de bonne foi. En l'absence de stipulation contractuelle, c'est dans le droit commun des obligations que le franchiseur peut trouver les solutions nécessaires pour la protection de son consentement. En effet, le franchisé, comme tout autre contractant, est tenu à l'obligation de bonne foi tant pendant la phase précontractuelle⁵¹¹ que pendant l'exécution du contrat⁵¹². Cette solution ne présente aucune particularité par rapport au droit français. L'obligation de contracter de bonne foi pesant sur les deux parties au contrat de franchise est consacrée tant par les juridictions du fond⁵¹³ que par la Cour de cassation⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Art. 9 du décret n° 35.

⁵¹¹ L'article 389 du Code civil vietnamien énonce que « La conclusion d'un contrat civil doit respecter les principes suivants :

1. Liberté de s'engager dans le respect de la loi et de la morale sociale ;
2. Libre consentement, égalité, bonne foi, coopération, probité et franchise ».

⁵¹² L'article 6 du Code civil de 2005 prévoit que « dans les rapports civils, les parties doivent agir de bonne foi et se comporter avec loyauté dans le cadre de l'établissement, de l'exercice et de l'exécution des droits et des obligations civils. Une partie ne doit pas tromper l'autre ». NGUYEN Minh Hang, « L'application de la bonne foi dans le règlement des différends au Vietnam » (Áp dụng nguyên tắc thiện chí và trung thực để giải quyết tranh chấp tại Việt Nam), Rev. Commerce Extérieur, n° 26, 2007, p.66 et s. ; PHAM Hoang Giang, « Du principe de la liberté contractuelle au principe d'égalité » (Sự phát triển của pháp luật hợp đồng từ nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng đến nguyên tắc công bằng), Rev. L'Etat et le Droit, n° 10/2006, p.28 et s.

⁵¹³ CA Amiens, 19 janv. 2004

⁵¹⁴ Cass. com., 12 févr. 2008, pourvoi n° 07-10462 ; Cass. com., 27 nov. 2007, pourvoi n° 06-17060 ; Cass. com., 20 sept. 2005, pourvoi n° 03-19732, Bull. civ. IV, n° 176, p. 191 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 01-13018, Bull. 2005 I n° 136, p. 117 ; RTD civ., 2005, p. 381, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 16 mai 1995, pourvoi n° 93-12496 ; Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 1991, pourvoi n° 89-16975, Bull. civ. III, n° 108, p. 62 ; Cass. com., 8 nov. 1983, pourvoi n° 82-10493, Bull. civ. IV, n° 98.

Conclusion du chapitre I

261. En France des voix critiquent l'inefficacité de la loi Doubin. Certains auteurs regrettent en effet son caractère rigide et inefficace en relevant que « pour le profane, les renseignements donnés seront insuffisants pour apprécier en connaissance de cause, s'il est opportun de conclure le contrat proposé, alors que pour les professionnels du secteur concerné, l'information prévue sera souvent inutile »⁵¹⁵. En outre, « tout laisse penser qu'elle intervient à un moment où le processus décisionnel de l'agent économique est déjà très largement entamé. {...} A force de vider le contenu d'un texte qui édicte une information, il n'en reste plus alors qu'un aspect contraignant. Tout cela est vécu comme un formalisme de plus en plus pesant »⁵¹⁶. D'autres critiquent l'absence dans cette loi de sanction expresse, ce qui « n'a cessé de soulever des difficultés d'interprétation et de multiples litiges que les tribunaux apprécient cas par cas, d'où une jurisprudence disparate »⁵¹⁷. Toutefois, en dépit de ses lacunes, l'obligation d'information reflète une philosophie nouvelle du droit des contrats en ce sens qu'elle exige une plus forte collaboration, en l'occurrence la fourniture des informations, entre les contractants qui se sont engagées dans une voie commune : l'exploitation par le franchisé d'une clientèle attachée à la marque du franchiseur. Elle constitue le fer de lance d'une plus grande moralisation du contrat⁵¹⁸. Comme un auteur l'a justement remarqué, « on est passé d'une conception purement négative (défense de tromper), individualiste (à chacun de se défendre soi-même), abstraite (chaque contractant est censé avoir les mêmes aptitudes à se défendre) à une conception positive (obligation d'informer), solidariste (devoir d'informer) et concrète (on prend en considération de la qualité des partenaires) »⁵¹⁹. On retrouve également, en droit comparé, ce mécanisme de protection de la partie la plus faible qui s'engage pour la réalisation d'une œuvre commune. La plupart des pays qui ont une loi sur l'information précontractuelle ont opté pour le mécanisme de mise en garde descriptive et préventive⁵²⁰.

⁵¹⁵ L. VOGEL, art. préc. n° 1, p. 5 ; P. NEAU-LEDUC, note sous Cass. com., 16 mai 2000, JCP E 2001, n° 6, p. 269.

⁵¹⁶ D. RANDOUX, « Fournisseur et distributeur : Dépendance ou partenariat », LPA, 6 mars 1996 n° 29, p. 47.

⁵¹⁷ D. BASCHET, *op. cit.*, p. 287.

⁵¹⁸ D. FERIER, « L'intérêt commun dans le contrat de concession », Cah. Dr. Entr. 1976, p. 12 ; G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », art. préc.

⁵¹⁹ G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, t. II, PUF, 1975, p. 152.

⁵²⁰ On citera par exemple la *Full Disclosure Law* des États-Unis et le Règlement chinois sur la franchise commerciale. Pour une vue globale sur la question, V. NGUYEN Ba Binh, « Le document d'information

262. Au Vietnam, sept ans après l'adoption de la loi commerciale, il est toujours impossible de dresser un bilan à cause de l'absence de documentation. L'accès aux arrêts des tribunaux n'est pas évident. Tous les arrêts ne sont pas accessibles au public. Aucun des rares arrêts publiés ne concerne la franchise. Les litiges, s'il y en a, sont réglés entre les parties. De même, la recherche de véritables contrats de franchise et non des contrat-types ou des modèles est un exercice difficile dans la mesure où les franchiseurs ne souhaitent pas divulguer le contenu de leur contrat, même en l'anonymisant et même si celui-ci ne contient pas d'éléments du savoir-faire⁵²¹. Les franchisés ne souhaitent pas non plus révéler leur contrat parce qu'ils sont tenus par une obligation de confidentialité. Quant aux avocats, ils sont tenus au secret professionnel et, pour une raison pratique, ils n'acceptent pas de transmettre à un concurrent potentiel le fruit de leur travail.

263. Faute de statistiques⁵²² faites par le Ministère de commerce et d'industrie, il est difficile de conclure sur l'efficacité du décret n° 35 et de la circulaire n° 9 relative à l'enregistrement de la franchise. C'est en interrogeant les praticiens et certains fonctionnaires que des réponses sur l'efficacité de la loi ont pu être obtenues. En effet, sur 15 franchisés de 10 réseaux de franchise différents à Hanoi, 12 franchisés ont indiqué qu'ils souhaiteraient être plutôt protégés par la loi commerciale que par le droit commun des obligations. Selon eux, les informations contenues dans le DIP leur ont permis de s'assurer qu'ils ne sont pas victimes de discrimination⁵²³, de connaître les conditions de vente⁵²⁴, le barème des prix⁵²⁵. En revanche, 25 franchisés⁵²⁶ ont relevé que les dispositions de la loi commerciale ne les protègent pas efficacement.

précontractuelle en droit vietnamien » (Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại theo pháp luật Việt Nam), Rev. Etudes législatives, nov. 2009.

⁵²¹ Ce qui n'est pas toujours évident, il faut le reconnaître, car en parlant de la franchise de restaurant de *Pho*, on sait tout de suite de quel franchiseur il s'agit, même après avoir enlevé les noms.

⁵²² Le constat est le même dans d'autres domaines. En effet, nul n'est capable de fournir avec exactitude le chiffre de projets d'investissements étrangers au Vietnam.

⁵²³ En effet, l'article 287-5 de la loi commerciale exige que la franchise « traite tous ses franchisés sur le même pied d'égalité ».

⁵²⁴ Par exemple, les franchisés du réseau de cafétérias Trung Nguyen et de KFC.

⁵²⁵ Par exemple, les franchisés de la chaîne de boutique d'utilité Hapromart.

⁵²⁶ Aptech Education (formation des informaticiens) et Kinderland Educare Services Pte Ltd (garde et éducation des enfants).

264. Par contre, tous les deux fonctionnaires du Ministère de l'industrie et du Commerce, et trois fonctionnaires du Département de l'industrie et du Commerce de la ville de Hanoi⁵²⁷ font savoir que la loi « est peu respectée ». Le non respect de la loi par les franchiseurs consiste dans l'inobservation de leur obligation d'informer l'autorité compétente⁵²⁸. Selon eux, cette méconnaissance pourrait s'expliquer par l'inconséquence de la loi et de sa carence en matière de sanction. Il serait donc souhaitable d'amender la loi commerciale et son décret d'application. La modification de ces textes doit viser notamment la sanction de l'obligation d'information. En effet, le non-respect de cette obligation, s'il a pour conséquence de vicier le consentement du franchisé, doit être sanctionné par la nullité du contrat, et non par sa résiliation tel que prévu actuellement par le décret n° 35. La sanction doit être de même pour un franchisé qui ne respecte pas l'obligation qui lui incombe de fournir à son franchiseur l'information que celui-ci exige de manière raisonnable. Une telle exigence permettrait d'instaurer une collaboration étroite entre les parties tant pendant la phase précontractuelle que pendant l'exécution du contrat, et cela sur la base du principe de bonne foi et de la loyauté.

265. Quant au contenu de l'obligation d'information, on ne peut imposer au franchiseur de donner des informations plus détaillées de son concept, notamment celles concernant son savoir-faire. Celui-ci doit être communiqué au moment de la signature du contrat et non avant la conclusion de celui-ci. Il existe en effet un risque que le contrat ne soit pas conclu, ou pire, que le candidat franchisé soit l'espion d'un concurrent venu s'informer sur les caractéristiques du savoir-faire.

⁵²⁷ Elle est, avec Hochiminh-ville, deux plus grandes villes où se trouvent la majorité des franchises au Vietnam.

⁵²⁸ En effet, le franchiseur est tenu de porter à la connaissance de l'autorité compétente, au plus tard le 15 janvier de tous les ans, la partie B du DIP.

Chapitre II

L'assistance

266. Plan. Afin de réaliser l'œuvre commune, les parties doivent non seulement prendre en considération l'exigence classique de la loyauté qui réside dans toutes les conventions, mais encore faire preuve d'une volonté d'aider son partenaire. D'ailleurs, le savoir-faire étant mieux exploité par ceux qui l'ont développé ou expérimenté que par celui qui le met en œuvre pour la première fois, la communication doit être accompagnée d'une assistance technique (Section 1). Le défaut, tout comme l'excès, peut laisser de graves conséquences (Section 2).

Section 1 : Le contenu de l'assistance

267. Plan. Comme un auteur l'a justement remarqué, les signes distinctifs notoires et l'assistance du franchiseur, même s'ils ont été élevés eux aussi au rang d'éléments essentiels de la franchise, sont par rapport au savoir-faire des éléments induits. Ils ne sont que la conséquence de son application : la notoriété est obtenue par la répétition du savoir-faire ; l'assistance est appelée par la mise en œuvre du savoir-faire⁵²⁹. La communication étant une obligation à caractère successif, l'assistance doit l'être aussi. L'assistance doit être considérée comme le complément de la transmission du savoir-faire ou son prolongement dans le temps. Dans cette perspective, elle doit se manifester tant dans l'espace (§ 1) que dans le temps (§ 2).

§ 1. Le domaine de l'assistance

268. Plan. Quel est le noyau dur de l'assistance ? Quelles sont les prestations devant être fournies par le franchiseur ? Peut-on soutenir que n'importe quel type d'assistance suffit à qualifier un contrat de franchise, ou doit-on préciser les prestations minimales que

⁵²⁹ D. FERRIER, « Franchise et savoir-faire », Mél. J.-J BURST, p. 157.

le franchiseur doit fournir au franchisé ? Le droit vietnamien ne donne pas de réponse claire (A), alors que la jurisprudence française tend à limiter l'assistance à la mise en œuvre du concept (B).

A. Le domaine de l'assistance en droit vietnamien

269. Contrairement à une doctrine unanime qui considère que le franchiseur doit assister son partenaire franchisé dans l'exploitation de la franchise, le législateur vietnamien précise que « le franchiseur a le droit de contrôler et d'aider le franchisé dans la gestion de ses activités commerciales »⁵³⁰. Puisqu'il s'agit d'un droit, et non d'une obligation, le franchiseur peut donc y renoncer en privant son franchisé de l'assistance, ce qui est regrettable, sachant que la fidèle réitération du savoir-faire par le franchisé ne peut être obtenue qu'avec l'assistance du franchiseur titulaire du concept. L'article 287 de la loi commerciale prévoit « les obligations du franchiseur »⁵³¹, parmi lesquelles se trouve l'assistance. Il convient toutefois de noter que cette disposition est de caractère supplétif. Le rédacteur de la loi prévoit *in limina* « sauf convention particulière des parties ». Le franchiseur peut donc établir une autre règle que celle établie par la loi.

Il semble nécessaire de rendre impératif l'article 287 sur les obligations du franchiseur et de modifier l'article 284-2 pour faire de l'assistance une obligation pour le franchiseur. Le nouvel alinéa 2 de l'article 284 pourrait être rédigé de manière suivante : « Le franchiseur est tenu d'assister et de contrôler le franchisé dans la mise en œuvre du savoir-faire ».

270. Quant au domaine de l'assistance, le législateur emploie une formule générale qui est « la gestion des activités commerciales » du franchisé. Il serait toutefois opportun de noter que l'assistance est appelée à permettre au franchisé d'exercer ses activités en conformité avec le concept de la franchise. L'assistance doit donc se limiter à la mise en œuvre du concept, objet de l'intérêt commun. La formulation générale utilisée par le législateur risque de permettre au franchiseur de s'immiscer dans la gestion quotidienne du franchisé. Or, l'article 284 de la loi commerciale énonce que le franchisé est un commerçant indépendant qui exploite la franchise en son propre nom.

⁵³⁰ Art. 284-2 et 3 de la loi commerciale de 2005.

⁵³¹ Art. 287, alinéas 2 et 3 de ladite loi.

B. Le domaine de l'assistance en droit français

271. En France, aucun texte n'exige du franchiseur qu'il assiste le franchisé, sauf l'article 1-3-c du règlement européen du 30 novembre 1988 qui prévoit qu'un accord de franchise doit comprendre au moins les obligations suivantes : « {...} la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord ». Ce texte européen ne s'applique toutefois que si le contrat de franchise est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres de l'Union européenne et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun. Dans la pratique c'est le juge qui détermine la nature de l'obligation d'assistance ainsi que son domaine.

272. Il est de jurisprudence constante que le domaine de l'assistance est délimité par la mise en œuvre du savoir-faire. Aussi, l'assistance n'est due qu'en ce qui concerne la mise en œuvre dudit savoir-faire et non la mise en œuvre des éléments du métier qui n'y sont pas inclus. En conséquence, il n'appartient pas au franchiseur d'analyser les comptes de gestion, d'effectuer la facturation, d'étudier les problèmes fiscaux, financiers et juridiques⁵³², ou de créer les documents commerciaux du franchisé. Une telle intervention est non seulement inutile, mais encore dangereuse pour le franchiseur en ce sens que le franchisé est un commerçant indépendant qui doit pouvoir décider de ses propres activités commerciales. Une aide excessive, même fournie de bonne foi, pourrait être considérée comme une immixtion dans les affaires du franchisé et le contrat pourrait être requalifié en contrat de travail, avec de lourdes conséquences⁵³³.

§ 2. L'assistance dans le temps

⁵³² Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-20788.

⁵³³ En cas de requalification du contrat de franchise en contrat de travail, la législation du travail s'applique. Le franchiseur doit alors payer toutes les cotisations et charges sociales aux organismes sociaux, caisses de retraite, etc... sur le fondement de la loi du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal. Le franchisé, requalifié en salarié, a de même droit à un salaire qui n'est pas inférieur au SMIC, à des indemnités de congés payés, voire de licenciement, au paiement d'heures supplémentaires.

273. L'article 287 de la loi commerciale précise dans ses alinéas 2 et 3 que l'assistance initiale du franchiseur consiste en « la formation initiale » et « la conception et l'emplacement des points de vente ou de prestation de service, aux frais du franchisé ». Il ne précise toutefois pas en quoi consistent ces actes d'assistance. Il serait judicieux de rajouter dans cet article le mot « notamment » après le verbe « consiste en ». Le franchiseur ne peut se limiter à ne donner que les prestations prévues par la loi. Il doit donner les aides nécessaires à la réitération du concept. Ce raisonnement devrait être suivi pour l'assistance régulièrement fournie pendant l'exécution du contrat de franchise. Le franchiseur, qui se trouve à la tête du réseau, doit agir « en bon père de famille » en aidant son franchisé chaque fois que ce dernier rencontre une difficulté. Le type de prestation variera en fonction de chaque problème survenu.

En France, la jurisprudence précise que l'assistance doit être fournie avant le lancement de l'activité, au moment de l'ouverture du point de vente et tout au long de l'exploitation du concept.

A. L'assistance préalable au lancement de l'activité

274. L'assistance à ce stade peut consister à aider le franchisé dans la préparation du dossier financier afin que ce dernier obtienne les crédits nécessaires au lancement. Elle peut aussi consister à aider le franchisé dans la prospection du marché en le renseignant par exemple sur la façon d'effectuer des études de marché. Elle peut porter également sur le choix du lieu d'implantation du magasin et sa décoration et sur la campagne publicitaire...

La carence dans la fourniture de conseils et d'aides avant l'ouverture du point de vente est de nature à faire douter de la formation initiale du franchisé et peut entraîner la nullité du contrat de franchise⁵³⁴. Parfois, le juge est plus exigeant et impose au franchiseur non seulement une obligation de conseil et d'avis⁵³⁵, mais encore une obligation et de mise en

⁵³⁴ CA Versailles, 9 sept. 1999, n° de RG/ 1996-1935

⁵³⁵ Cass. com., 8 janv. 2002, pourvoi n° 98-19526 ; Droit de la Distribution. Les grands arrêts, LPA, 3 juil. 2003, n° 132, p. 16, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com., 7 mars 1995, pourvoi n° 93-10368. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient retenu la responsabilité de la société franchiseur en relevant que « la société Pingouin qui avait, à l'égard du franchisé une obligation de conseil et d'assistance et a participé activement à sa nouvelle implantation en favorisant l'octroi d'un prêt pour lequel elle a accordé sa garantie, en fournissant elle-même un crédit pour l'achat de marchandises et en établissant des prévisions, devait lui proposer des éléments d'appréciation lui permettant de prendre sa décision pour une nouvelle implantation, l'arrêt retient que les renseignements fournis à cette occasion se sont révélés totalement inexacts et que l'ampleur de l'erreur ainsi commise traduit la légèreté avec laquelle cette étude a été entreprise ».

garde⁵³⁶. Les conseils, aides, avis et mises en garde que le franchiseur doit fournir au franchisé ne sont pas nécessairement originaux. Ils peuvent porter sur toutes sortes d'aspects : commerciaux, techniques, publicitaires, de gestion, juridiques, fiscaux, voire psychologiques⁵³⁷.

La mise en garde peut être considérée comme un élément constitutif du savoir-faire. La doctrine française considère dès lors que le franchiseur doit avoir un « savoir-ne pas faire »⁵³⁸. L'expérience du franchiseur permet au franchisé d'éviter les erreurs que les autres débutants peuvent rencontrer. On ne peut que souhaiter la transposition de cette solution au droit vietnamien.

B. L'assistance continue

275. Il est logique que le titulaire du concept assiste constamment son partenaire dans la réitération de ce même concept pour la réalisation de l'œuvre commune. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 11 février 1999, a ainsi jugé que « la création par le constructeur d'un réseau de distribution de ses produits et l'adhésion des concessionnaires à ce réseau à l'essor duquel ils vont contribuer au mieux d'intérêts économiques communs, impliquent de la part du constructeur, propriétaire du réseau, des obligations d'assistance et de conseil qui ne prennent fin qu'après que les concessionnaires [...] aient quitté le réseau »⁵³⁹. De même, en matière de franchise, le franchiseur doit fournir son assistance notamment lorsqu'il actualise le savoir-faire ou que son franchisé rencontre des difficultés.

276. L'assistance à l'occasion de l'actualisation du savoir-faire. Le savoir-faire que le franchiseur communique au franchisé au moment de la signature du contrat n'est pas une chose figée. Il est au contraire un bien fluide et peut être modifié. Toute actualisation du savoir-faire due à son caractère évolutif doit être communiquée au franchisé. Le franchiseur doit alors assister le franchisé pour que ce dernier puisse mettre en œuvre les modifications

⁵³⁶ CA Versailles, 29 mars 2001, Lettre distrib. 2001/10.

⁵³⁷ CA Colmar, 6 déc. 1977, PIBD, 1978, III, p. 405.

⁵³⁸ J. AZEMA, *Propriété industrielle*, Lamy droit commercial, 1998, n° 1522, p. 687 ; J-M. MOUSSERON, « Aspect juridique du know-how », Cah. dr. entr. 1972/I, p. 5.

⁵³⁹ CA Paris, 11 févr. 1999, in Chron. Droit de la distribution, par Ph. GRIGNON, D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, JCP E, 1999.

conséquentes⁵⁴⁰. Cette assistance peut notamment consister en des stages de recyclage. Elle peut également consister dans le partage d'informations concernant les autres franchisés. Selon le juge français, l'assistance à ce stade peut se traduire par l'obligation de proposer des tarifs concurrentiels⁵⁴¹. La doctrine considère dès lors que le franchiseur dans le domaine de la distribution doit avoir un « savoir-sélectionner » et un « savoir-vendre ». Le savoir-sélectionner se traduit par une technique d'achat à bon escient du bon article au bon prix. Le savoir-vendre, quant à lui, consiste en un marketing propre, un magasin organisé et géré d'une façon spécifique, l'ensemble ayant été expérimenté dans des succursales ou des magasins tests⁵⁴². L'obligation a cependant des limites. La Cour de cassation, par un arrêt du 17 mai 2005, a ainsi censuré les juges parisiens qui avaient retenu la responsabilité *in solidum* d'un franchiseur au motif que ce dernier n'avait pas été capable de redéfinir un nouveau plan financier ni de conseiller à son franchisé d'arrêter la poursuite de l'activité déficitaire. Or, selon la Cour de cassation, pour ainsi statuer, la Cour d'appel aurait dû préciser les dispositions du contrat de franchise stipulant l'obligation de conseil qui auraient été méconnues⁵⁴³. Il résulte de cette jurisprudence que la responsabilité du franchiseur ne peut être engagée du fait de son franchisé que si le contrat stipule une obligation de conseil.

277. L'assistance en cas de difficultés. Outre les prestations d'ordre général, le franchiseur doit dispenser à chaque franchisé une assistance individualisée qui consiste à adapter la mise en œuvre du savoir-faire aux particularismes de son fonds de commerce. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu le 6 septembre 2007 par la Cour d'appel de Douai⁵⁴⁴ dans un litige concernant un contrat de franchise de distribution des vêtements prêt-à-porter.

⁵⁴⁰ D. FERRIER, *La franchise*, Rép. Droit commercial, mars 1996, mis à jour janv. 2012, n° 57 et s. ; L. CHANTILLON et V. LEHOUX, « La formation des franchisés », *Fr. Mag* 1995, n° 126, p. 54. On citera d'ailleurs L. MAUGAIN qui observe qu'en matière de coiffure, lorsqu'un franchisé « a perdu sa pêche », il faut lui envoyer le « commando » pour la lui redonner. Cf. L. MAGAIN, « L'animation : clé du succès », *Fr. Mag* 1996, n° 132, p. 83.

⁵⁴¹ CA Versailles, 4 juill. 1996, *Juris-Data* n° : 1996-043384.

⁵⁴² P. le TOURNEAU et M. ZOIA, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045 : *Franchisage. – Variétés du franchisage. – Indépendance et domination dans le franchisage. – Droit de la concurrence et franchisage*, 16 nov. 2007.

⁵⁴³ Cass. 3^{ème} civ., 17 mai 2005, pourvoi n° 04-12176, *Contrats, conc. cons.*, n° 10, oct. 2005, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁵⁴⁴ CA Douai, 6 sept. 2007, RG n° 06/01777 ; *D.* 2007, p. 2303 note E. CHEVRIER. Le franchiseur doit intervenir quand son franchisé rencontre des difficultés dans la mise en œuvre du savoir-faire, sous condition toutefois d'en être informé : CA Aix, 8 juill. 1988, *Bull. Aix* 1988-2, 19, ou tout au moins d'être sollicité à cette fin : CA Paris, 19 janv. 1990, *Lettre de la distribution* 1990-8 ; CA Paris, 11 juin 1992, *D.* 1992, somm. 391, obs. D. FERRIER.

En l'espèce, la société Phildar avait instauré une formule de pilotage à distance du rayon prêt-à-porter femme qu'elle avait appliquée ensuite à tous les franchisés. Constatant une détérioration de son chiffre d'affaires, l'un entre eux avait contesté ce mode d'approvisionnement, soulevant qu'il s'était retrouvé à la tête de modèles et de tailles qui ne correspondaient pas à sa clientèle et qui lui étaient expédiés sans tenir compte de ses capacités de vente. De son côté, le franchiseur avait rétorqué que le système avait été expérimenté au préalable et adopté par bon nombre de boutiques. L'argumentation de ce dernier n'a pas satisfait la Cour d'appel de Douai qui a considéré que l'expérimentation n'était pas suffisante. Selon elle, le franchiseur se devait de vérifier que cette formule de pilotage à distance d'un rayon se trouvait convenablement assimilée par le franchisé. Informé des difficultés, il aurait dû assister le franchisé.

Il résulte de cette jurisprudence que pèse sur le franchiseur une exigence de réussite commerciale pendant toute la durée du contrat de franchise. Si l'on ne peut qu'approuver la cour d'avoir reproché au franchiseur de n'avoir pas veillé à la la bonne réitération du concept par son franchisé et à la recherche de solutions, on ne peut toutefois pas partager son exigence quant à la nécessaire adaptation du concept par le franchiseur aux particularismes liés à l'exploitation de la franchise. Nul n'ignore en effet que la stratégie en vigueur aujourd'hui incite à l'homogénéité la plus totale dans la présentation des unités de vente, dans leurs règles de fonctionnement et, en corollaire, dans la formation et l'assistance. Or, si l'on suit le raisonnement du juge douaisien, on aboutit à un « savoir-faire à la carte »⁵⁴⁵. Une telle solution ne mérite pas d'être transposée à un pays comme le Vietnam où les spécificités locales sont très nettes d'une région à l'autre. La tentation serait grande chez les franchisés d'invoquer des exigences locales pour satisfaire au maximum son intérêt personnel, ce qui nuirait à l'image du réseau. Il convient de noter que l'échec du franchiseur peut avoir pour causes : sa motivation, son dévouement, sa capacité personnelle... Imputer l'échec à la seule inadaptation du savoir-faire semble alors peu convaincant⁵⁴⁶. D'autant plus que les autres franchisés, adoptant le même concept, connaissent le succès dans d'autres boutiques.

278. L'assistance en temps voulu. Lorsque le franchisé fait face à des difficultés, le franchiseur doit lui fournir assistance dans des délais convenables. Il s'agit là d'une

⁵⁴⁵ H. BENSOUSSAN, « Franchise : un savoir-faire à la carte... ? », *Franchise Mg.*, 27 nov. 2007.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

« obligation de se soucier de la situation de l'autre partie »⁵⁴⁷. Un franchiseur qui avait tardé à honorer son obligation de conseil a vu sa responsabilité engagée envers son franchisé qui faisait face à des difficultés. Ainsi, la Cour d'appel de Paris⁵⁴⁸, approuvée par la suite par la Cour de cassation, a, en vertu d'un arrêt rendu le 30 janvier 1996, condamné le franchiseur à verser 20 millions de francs de dommages-et-intérêt au franchisé qui avait été conduit à déposer son bilan à cause d'un chiffre d'affaires inférieur aux prévisions. Selon la Haute Cour, la faute du franchiseur était d'avoir laissé son franchisé « s'engager financièrement pour réaliser une installation jugée tardivement inadéquate par rapport à la clientèle concernée », et de n'être « intervenu dans l'exercice de son devoir de conseil qu'au bout de trois mois »⁵⁴⁹.

279. En définitive, la frontière entre le savoir-faire et l'assistance est ténue. Une partie essentielle de l'assistance paraît n'être en réalité que la suite de la transmission du savoir-faire ; aide à la mise en œuvre du concept, aide à trouver des solutions... La difficulté de différenciation des notions de savoir-faire et d'assistance est récemment apparue dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 septembre 2008. En l'espèce, un franchisé avait prétendu qu'aucun savoir-faire ne lui avait été transmis. Toutefois, la Cour a rejeté sa demande après avoir déduit la réalité de la transmission du savoir-faire notamment du fait qu'il avait bénéficié « de conseils personnalisés et de l'assistance du franchiseur pour conduire des campagnes de publicité »⁵⁵⁰.

Cet arrêt renforce l'idée selon laquelle l'assistance constitue un prolongement du savoir-faire dans le contexte de l'intérêt commun qui exige que le franchiseur veille à l'effectivité de la communication tout en fournissant à son franchisé les prestations nécessaires à la bonne réitération du concept, et cela même en l'absence d'une clause expresse dans le contrat.

Section 2 : Les conséquences de l'inobservation du devoir d'assistance

280. Plan. Puisque l'assistance est appelée à la mise en œuvre du savoir-faire, elle ne doit pas dépasser de ce qui est nécessaire à la bonne réitération du concept. Les conséquences du défaut d'assistance (§ 1) et de l'assistance excessive (§ 2) méritent d'être examinées.

⁵⁴⁷ P. le TOURNEAU, *La bonne foi*, Rep. Civ. Dalloz, 1995, n° 44.

⁵⁴⁸ CA Paris, 3 févr. 1994, Contrats, conc. cons., juin 1994, n° 113, note L. LEVENEUR.

⁵⁴⁹ Cass. com., 30 janv. 1996, pourvoi n° 94-13799 ; JCP E 1996, p. 139, note C. JAMIN.

⁵⁵⁰ CA Paris, 24 sept. 2008, RG n° 06/04334.

§ 1. Conséquences du défaut d'assistance

281. Plan. Le défaut d'assistance ouvre droit au franchisé de résilier le contrat tant en France (B) qu'au Vietnam (A).

A. En droit vietnamien

282. Au Vietnam, le défaut ou la carence d'assistance peut justifier la résiliation du contrat par le franchisé sur le fondement de l'article 16 du décret n° 35 et de l'article 287 de la loi commerciale de 2005. Le franchisé peut également demander au franchiseur de réparer son préjudice en vertu de l'article 302 de ladite loi. Cet article prévoit que la partie qui viole les obligations contractuelles doit préparer le préjudice ainsi causé à l'autre partie.

B. En droit français

283. En France, en l'absence d'assistance, le juge n'hésite pas à approuver la résiliation du contrat⁵⁵¹ et à admettre la responsabilité du franchiseur. Dans une espèce qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 2002⁵⁵², un franchisé intégré à un réseau de stations de lavage en libre service de véhicules avait décidé d'agrandir son exploitation. Le franchiseur lui avait soumis un projet d'installation de la station qui s'était avéré inapproprié. La station n'avait été que peu fréquentée. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont admis la responsabilité contractuelle du franchiseur pour mauvaise exécution de son obligation de conseil. Pour les juges du fond, la faute du franchiseur avait consisté à avoir mal conseillé son franchisé sur l'implantation de sa station.

⁵⁵¹ Cass. com., 17 nov. 1998, Bull.civ. IV, n° 271, p. 226, Ch. dr. entr. n° 2, obs. D. MAINGUY, P. GRIGNON et J.-L. RESPAUD ; CA Paris, 27 avr. 1990, *D.* 1990, IR 135 ; CA Paris, 16 mars 1990, Juris-Dat n° 021188 ; CA Grenoble, 25 janv. 1990, Juris-Data n° 040335.

⁵⁵² Cass. com., 8 janv. 2002, pourvoi n° 98-19526 ; LPA, 3 juil. 2003, n° 132, p. 16, note M. MALAURIE-VIGNAL.

284. Il serait opportun de noter que l'obligation de fournir l'assistance est une obligation de résultat⁵⁵³. Le franchisé peut résilier le contrat de franchise dès lors qu'il peut justifier que son franchiseur a manqué à son obligation d'assistance technique. En pratique, l'appréciation par le juge du manquement du franchiseur à cette obligation pourrait être délicate. Ainsi, selon la Cour d'appel de Paris, les manquements invoqués par le franchisé doivent être précis⁵⁵⁴. Quant à l'efficacité de l'assistance, l'obligation n'est que de moyen. Le franchisé ne peut reprocher à son franchiseur une insuffisance technique dans la fourniture de l'assistance dès lors que celui-ci lui a agi conformément au contrat⁵⁵⁵.

§ 2. Conséquence de l'assistance excessive

285. Accompagnant la communication du savoir-faire, l'assistance doit être limitée à la réitération du concept dans le respect de l'indépendance du franchisé. S'il est vrai que le législateur vietnamien impose au franchiseur de respecter l'indépendance de son franchisé, aucun texte ne précise en quoi consiste une assistance excessive mettant en cause cette indépendance.

286. Originalité française. En France, l'assistance excessive peut être considérée comme une direction de fait⁵⁵⁶ dont l'auteur doit en assumer les conséquences⁵⁵⁷. Un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 19 décembre 1995, en fournit une illustration. En l'espèce, la SA Accor a signé avec la société Hôtel Prince X un contrat d'assistance technique aux termes duquel la première fournit des assistances techniques à la seconde pour que cette dernière puisse exploiter un hôtel qui avait été mise en redressement judiciaire. Relevant ensuite l'existence de fautes de gestion au sens de l'article 180 de la loi de 1985, les juges d'appel avaient condamné la SA Accor à supporter les deux-tiers du passif. La SA Accor avait contesté cette condamnation en faisant référence à un simple « contrat d'assistance technique » conclu trois ans avant l'ouverture de l'hôtel avec son futur dirigeant et ayant pour unique objet d'aider le

⁵⁵³ Cass. com., 1^{er} févr. 1994, Contrats, conc. cons., 1994, comm. 93, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 30 janv. 1996, JCP E 1996, II, 825, note C. JAMIN ; RJDA 1996, n° 775 ; CA Paris, 25 févr. 1992, D. 1992, somm. p. 391, obs. D. FERRIER.

⁵⁵⁴ CA Paris, 27 avr. 1990, D. 1990, inf. rap. p. 135.

⁵⁵⁵ CA Versailles, 27 févr. 2003, Sté Midas c/ De Fraisse, BRDA 2003/8, p. 5 ; CA Paris, 31 janv. 2002, RJDA 2002, n° 624 ; CA Paris, 23 janv. 1992, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. FERRIER ; CA Paris, 14 févr. 1991, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. FERRIER ; Cass. 1^{ère} civ., 8 janv. 1985, pourvoi n° 83-15084, Bull. civ. I, n° 12.

⁵⁵⁶ Cass. com., 19 déc. 1995, pourvoi n° 92-20116 ; RTD civ., 1995, p. 104, obs. J. MESTRE ; RTD civ. 1996, p. 537, obs. J.-P. HAEHL.

⁵⁵⁷ J.-F. MARTIN, Lamy Droit commercial, 1996, n° 3408 et s.

maître de l'ouvrage dans le domaine de la conception, de l'équipement de l'architecture et de la décoration. Elle a également fondé son argument sur un autre contrat intitulé « contrat de gestion, ou de management », qui ne limitait nullement les pouvoirs de contrôle et de gestion des organes sociaux de la société exploitant cet hôtel. La chambre commerciale, en rejetant les moyens du pourvoi, a retenu que la société Accor devait être considérée comme un dirigeant de fait, puisque « la direction de l'hôtel avait été assurée sans partage par la société Accor tandis que le propriétaire des lieux n'avait que le rôle d'un simple bailleur de fonds »⁵⁵⁸.

287. En matière de franchise, le juge français se base sur un faisceau d'indices pour qualifier le franchiseur de dirigeant de fait. A ainsi été considéré comme un dirigeant de fait un franchiseur qui « détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société Cpfl, avait conservé la signature bancaire de celle-ci et préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement signés ensuite par la société Cpfl, établissait les déclarations fiscales et sociales et contrôlait l'embauche du personnel »⁵⁵⁹.

De même, le Tribunal de commerce de Valenciennes⁵⁶⁰ a condamné un franchiseur qui assurait entièrement la marche de l'entreprise du franchisé, prenant en charge sa comptabilité, surveillant l'activité du personnel en fixant les horaires de travail, intervenait lors de l'embauche et du paiement du personnel, et enfin se réglait lui-même des sommes qu'il estimait devoir lui revenir.

⁵⁵⁸ Cass. com., 19 déc. 1995, pourvoi n° 92-20116, Bull. 1995 IV n° 307, p. 281 ; Rev. sociétés 1996. 347, note P. le TOURNEAU ; RTD com. 1996 p. 537, obs. J.-P. HAEHL ; JCP E 1994, II. 612, note G. VIRASSAMY. A été jugé dans le même sens : Cass. com., 6 oct. 1992, pourvoi n° 90-19823, Bull. 1992 IV n° 287, p. 201 ; Bull. Joly, 1992. 1288, note J.-J. DAIGRE ; CA Paris, 27 sept. 1994, Bull. Joly 1994. 1337, note A. COURET ; JCP 1995. IV. 82, n° 656.

⁵⁵⁹ Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-18351, Bull. civ. IV, n° 390, p. 284 ; JCP E 1994, II. 612, et G II. 22304, note G. VIRASSAMY ; RJDA 1994, n° 455 ; Rev. sociétés 1994. 321, note P. le TOURNEAU ; RTD civ., 1995. 104, n° 9, obs. J. MESTRE. A été jugé dans le même sens : CA Paris, 10 mars 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, p. 544, note C. JAMIN ; CA Paris, 8 avr. 1996, D. 1996. IR. 134.

⁵⁶⁰ du 8 juin 1993, Rev. proc. coll. 1993. 582, n° 5, obs. J. BLANCHARD. Dans le même sens : CA Paris 10 mars 1989, Juris-Data n° 1989-020774. La cour a prononcé la résiliation aux torts du franchiseur au motif que celui-ci « avait instauré un contrôle étroit de la gestion et de l'exploitation commerciales des franchisés, dans des conditions de nature à compromettre leur indépendance à cet égard ».

Conclusion du chapitre II

288. En définitive, dans la perspective de la réalisation d'une œuvre commune, l'assistance doit être considérée comme un corollaire nécessaire de la communication du savoir-faire. Toutefois, les frontières entre le savoir-faire et l'assistance, entre l'assistance et le contrôle sont ténues. Dans la pratique, il serait tentant pour les franchisés de réaliser des profits à court terme, parfois au détriment du concept et de l'image de marque. Leurs déviations comportementales peuvent résulter du non-respect des normes commerciales du franchiseur, du retard dans le versement des redevances de publicité, du retard dans la réalisation des investissements ou de la non-coopération dans la transmission des informations relatives à la situation commerciale ou financière ou lors des inspections du franchiseur. Le franchiseur doit donc jouer pleinement son rôle de garant de l'homogénéité du réseau en fournissant à son franchisé une assistance continue pour que celui-ci puisse réitérer le concept. Il peut exercer son rôle de police pour empêcher les déviations et remettre son franchisé dans les bons rails. Son assistance et son contrôle doivent toutefois rester dans des limites raisonnables et ne pas porter atteinte à l'indépendance du franchisé⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Des contrats de franchise ont été requalifiés dans les hypothèses suivantes :

- L'hypothèse d'un franchisé qui était « soumis, dans l'exécution de son travail, à l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ».
- L'hypothèse d'un franchisé dont les conditions de travail étaient unilatéralement déterminées par le franchiseur, dans le cadre d'un service organisé (Cass. soc. 22 mars 2007, pourvoi n° 05-45434 ; Contrats, conc. cons., 2007, comm. 170).
- L'hypothèse d'un franchiseur qui assurait les services administratifs et comptables du magasin du franchisé (Cass. com., 16 déc. 1997, pourvoi n° 95-21555, Bull 1997, IV, n° 337, p. 291) ;
- L'hypothèse d'un franchisé qui travaillait exclusivement pour le franchiseur dans des conditions et des horaires imposés par celui-ci ; il lui rendait compte de son activité ; le recrutement de son personnel était soumis à l'approbation du franchiseur qui assurait également le démarchage de la clientèle, fixait les prix de prestations et effectuait la facturation (T. corr. Besançon, 14 janv. 2000, Annuaire de la franchise et des adhérents de la FFF, 2001, p. 29). Dans le même sens : CA Paris, 18 juin 2003, Juris-data n° 2003-225468.

Conclusion du titre second

289. L'examen du droit positif vietnamien a permis de constater les manifestations de l'intérêt commun dans la franchise bien que cette notion ne soit pas expressément utilisée par le législateur. Le franchiseur doit fournir à son franchisé les informations nécessaires tant avant la signature du contrat pour permettre à celui-ci d'avoir un consentement éclairé, que pendant l'exécution du contrat de franchise. Il doit également lui fournir une assistance technique continue qui doit être considérée comme une nécessité pour la reproduction fidèle du concept. Ces obligations servent l'intérêt commun des parties car elles augmentent les chances de succès de la réitération du concept. Elles renforcent la confiance et la bonne foi. Le droit positif vietnamien reste malheureusement peu clair quant au contenu de l'obligation d'assistance et de contrôle. La jurisprudence française précédemment analysée a fourni un éclairage : l'assistance est délimitée par la mise en œuvre du savoir-faire, alors que le contrôle vise à prévenir les risques et de remédier aux déviations comportementales dans le souci d'assurer l'homogénéité du réseau.

Conclusion de la première partie

290. L'intérêt commun du franchiseur et du franchisé réside dans l'exploitation et le développement par le franchisé d'une clientèle attachée à la notoriété de la marque du franchiseur. L'étude comparative montre que les deux systèmes français et vietnamien convergent à propos des éléments essentiels de la franchise. En effet, les éléments constitutifs de l'intérêt commun sont la marque et le savoir-faire, lesquels sont mis à la disposition du franchisé en vue d'exploiter une clientèle. Le droit français donne toutefois plus de précisions quant au contenu de chaque élément.

291. Marque et autres signes distinctifs. Tant en France qu'au Vietnam, les signes de ralliement de la clientèle, au premier rang desquels se trouve la marque, constitue la raison d'être de la franchise. La marque doit obéir aux conditions de validité imposées par le droit de propriété intellectuelle. L'étude comparative a montré qu'il n'y avait pas de réelle différence entre les deux systèmes sur ce point. La marque doit également satisfaire les exigences propres à la franchise. Sur ce point la jurisprudence française fournit plus de précisions : la marque doit être sinon notoire du moins connue. Le franchiseur doit faire des efforts importants pour valoriser son image de marque. Cette exigence mérite d'être retenue dans le contexte vietnamien où la marque joue un rôle, semble-t-il, plus important que le savoir-faire. Il a été démontré que la mise à disposition de la marque devait être considérée comme un « apport à la jouissance commune ». Dès lors chaque franchisé doit non seulement se comporter comme un bon père de famille dans l'utilisation de la marque, il doit aussi participer à la valorisation de celle-ci.

292. Savoir-faire. Souvent considéré par la doctrine française comme la bible, le savoir-faire est considéré comme un élément essentiel de la franchise sans lequel le contrat de franchise ne peut être formé, tant en France qu'au Vietnam. Le droit vietnamien impose que le savoir-faire soit secret, identifiable, transmissible et substantiel. Ces exigences sont également posées par la jurisprudence française qui, accordant au savoir-faire un rôle primordial, se montre plus sévère. Le savoir-faire doit être constamment actualisé, ce qui est d'ailleurs le moyen, semble-t-il, le plus efficace pour lutter contre la concurrence déloyale par le franchisé

à l'expiration du contrat, d'autant plus que la clause de confidentialité n'est pas toujours efficace.

293. L'échange d'informations doit permettre au bénéficiaire de connaître et mieux réaliser l'œuvre commune. Le franchiseur doit fournir au franchisé non seulement tous les renseignements exigés par la loi, mais encore toutes les informations nécessaires à l'exploitation de la franchise. Dans cette perspective, il est tout à fait logique que le législateur vietnamien impose au franchisé une obligation d'information au profit du franchiseur. Ici, l'esprit de collaboration entre le franchiseur et le franchisé dans la réalisation de l'œuvre commune prime sur l'égoïsme.

294. Quant à l'assistance, elle est considérée comme le corollaire nécessaire de la communication du savoir-faire. Elle doit être fournie avant l'ouverture du point de vente et pendant toute la durée de la franchise. Le franchiseur ne peut se contenter de communiquer un savoir-faire à son franchisé. Il doit en plus suivre son franchisé, venir l'aider en cas de difficulté. Il risque de voir sa responsabilité engagée en cas de passivité. L'analyse de la jurisprudence française a montré toutefois que la frontière entre l'assistance et le contrôle est ténue. Le franchiseur doit assister et contrôler son franchisé tout en respectant l'indépendance de celui-ci. Le domaine de l'assistance est délimité au savoir-faire. Le défaut d'assistance, tout comme l'accès d'assistance ont souvent des conséquences. Le premier conduit souvent à la résiliation du contrat avec versement de dommages-intérêts, tandis que le second conduit à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail. La subtilité de la franchise repose alors sur un équilibre entre l'assistance et le contrôle.

295. L'examen du droit et de la pratique en matière de franchise montre également que le contrat de franchise est un terrain permettant à chacun des contractants, via cet intérêt commun, de satisfaire son propre intérêt. C'est à ces intérêts particuliers qu'il convient maintenant de s'intéresser.

Seconde partie

Un contrat confronté à des intérêts particuliers

*La querelle des chiens et des chats,
et celle des chats et des souris*⁵⁶²

296. Des obligations imposées. En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties établissent elles-mêmes leurs droits et obligations réciproques. Parce que l'homme est, par nature, égal, libre et souverain, il ne peut être lié par la volonté d'autrui. Dès lors, les clauses du contrat doivent être librement déterminées par les contractants⁵⁶³. Aujourd'hui, on constate cependant que « la subsistance obligatoire devient de plus en plus riche »⁵⁶⁴ dans les sociétés modernes caractérisées par une production de masse nécessitant des méthodes d'acheminement de produits plus appropriées. Le contrat n'est pas toujours l'œuvre commune des deux parties⁵⁶⁵. On voit en effet dans le rapport fournisseur-distributeur, outre les obligations auxquelles consentent mutuellement les deux parties, des obligations imposées par l'une d'elles⁵⁶⁶ ou par un tiers qui est le législateur ou le juge⁵⁶⁷.

⁵⁶² LA FONTAINE.

⁵⁶³ G. MORIN, « Tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », RTD civ., 1937, p. 559.

⁵⁶⁴ L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », Mél. F. GENY, Tome II, Sirey 1934, p. 339.

⁵⁶⁵ M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP 1979, I, 2952, n° 1. Les auteurs observent que « Le contrat n'était déjà plus la chose des parties. Il avait été confisqué par l'une d'elles. L'interventionnisme croissant de l'Etat - même s'il est motivé par un louable souci de protection du consommateur - fait que le contrat échappe maintenant largement dans sa rédaction et son contenu aux deux parties ». Le professeur D. MAZEAUD observe, quant à lui, que « de loi des parties, le contrat devient alors le diktat de l'une d'entre elles et l'instrument de l'épanouissement des volontés individuelles se mue en technique de domination et de dépendance. Dès lors, il ne faut pas s'étonner si, en droit positif, le contrat n'est plus exclusivement appréhendé comme le jardin secret des contractants. Puisqu'il n'est plus nécessairement le creuset de la justice et de l'harmonie, le contrat, fruit d'inégalités et ferment d'injustices, est soumis à d'autres forces que la seule volonté de ceux qui s'unissent contractuellement ». Cf. « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n° 1, p. 295.

⁵⁶⁶ Le phénomène mérite une attention particulière dans la mesure où le contrat de franchise est un contrat-cadre qui est rédigée de façon abstraite et générale et que les éléments importants n'apparaissent que dans le cahier des charges, ou encore la « Bible ». Les risques sont d'autant plus réels que le franchiseur se dote le droit de modifier unilatéralement ce document. L'article 9 d'un contrat de franchise stipule, par exemple, que le franchiseur « se réserve le droit de modifier sans préavis une ou plusieurs clauses du cahier des charges lorsque l'intérêt des franchisés, de l'organisation et/ou les circonstances du marché, rendront ces modifications nécessaires, et après avis du Comité de Direction : les modifications seront notifiées au franchisé qui s'engage à les respecter sans réserve ». Cf. NEFUSSY-LEROY, *Les clauses d'exclusivité dans le contrat de franchise*, th. Nice Sophia-Antipolis, 1992, p. 33.

297. L'abus. Le contrat de franchise est souvent rédigé par le franchiseur et accepté comme tel par le franchisé. Il s'agit là d'une adhésion. Le premier, en position dominante grâce à son savoir-faire et notamment sa marque, établit seul les obligations mentionnées dans le contrat⁵⁶⁸. Or, comme Montesquieu l'a remarqué, « tout homme qui a du pouvoir est porté à

⁵⁶⁷ Ce phénomène a été très tôt révélé par la doctrine française. Ainsi, L. JOSSERAND, dans son article ayant pour l'intitulé « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats » (RTD. civ., 1937, p. 2), a souligné que « le contrat échappe de plus en plus à l'action commune et concertée des parties ; il cesse d'être une entente intervenue sous l'égide de la liberté, réalisée par le jeu de volontés égales et autonomes, pour devenir une opération dirigée, soit par les Pouvoirs publics, représentés ici par le législateur et le juge, soit par l'un seulement des contractants qui impose sa formule et ses conditions à l'autre ». On constatera ensuite « l'interventionnisme » du juge français en matière de fixation du prix dans les contrats de. Il est établi que dans un contrat-cadre le prix n'est pas nécessairement fixé *ab initio* et que la fixation du prix des ventes subséquentes pourra être laissée à discrétion de l'une des parties. Cf. Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, D. 1996, jur. p. 13, concl. M. JEOL et note L. AYNES ; JCP 1996, II, n° 22565, concl. M. JEOL et note J. GHESTIN ; RTD civ., 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; LPA 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; Defrénois 1996, p. 747, note P. DELEBECQUE ; Dr. et patr. 1996/35, n° 1222, obs. P. CHAUVEL. De même, le juge français peut rétablir un délai raisonnable pour la rupture des relations commerciales établies, en dépit d'une stipulation expresse des parties. Cf. CA Lyon, 10 avr. 2003 ; CA Douai, 5 déc. 2002, Lettre distrb. mars 2003, p. 3 ; CA Versailles, 14 oct. 2004.

Au Vietnam, pendant la période de l'économie planifiée, le contenu du contrat n'était que le pâle reflet du dirigisme étatique : si on signe un contrat qui doit être approuvé par l'autorité supérieure, ce n'est que pour mettre en place le plan fixé par l'Etat. Toutefois, la donne a changé avec la mise en place de la politique de renouveau qui a créé des changements profonds tant idéologiques que sociaux. Soudain, dans le domaine juridique, on est passé d'un dirigisme caractérisé par l'absence de volonté contractuelle à une autonomie suprême des volontés influencée sans doute par les courants occidentaux. Le passage d'un extrême à un autre a fait de l'autonomie contractuelle de maîtres mots : les commerçants sont libres dans la formation de leur contrat sans qu'aucune intervention ne soit nécessaire, car, étant des professionnels, ils sont censés pouvoir protéger eux-mêmes leurs propres intérêts, ce qui n'est malheureusement pas toujours vrai. Il est regrettable que le souci du législateur vietnamien depuis quelques années de protéger la partie la plus faible dans le contrat ne reçoive pas assez de voix auprès de la doctrine qui reste très pauvre sur la question du déséquilibre contractuel et de l'abus de position dominante d'une partie sur l'autre. Ainsi, on ne peut que citer PHAM Duy Nghia qui appelle à rééquilibrer le contrat sans toutefois démontrer les sources de déséquilibre, ni justifier la nécessité du rééquilibrage.

⁵⁶⁸ La doctrine tant en France qu'au Vietnam est unanime à considérer que la franchise est un contrat d'adhésion. Dans le cadre de ce rapport, comme un auteur l'a remarqué, « la conclusion proprement dite de l'accord est confiée à un agent subalterne, qui ne dispose pratiquement d'aucune marge de négociation et cherche seulement à obtenir l'apposition de la signature du client » (Cf. B. BERLIOZ-HOUIN, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », Mél. R. HOUIN, Dalloz-Sirey 1985, p. 8). Quant à la partie adhérente, elle n'a qu'un choix : accepter le contrat proposé ou le refuser. Elle décide de traiter ou non avec l'autre mais elle ne définit pas le contenu du contrat. Ainsi, on décide certes d'entrer en relation avec tel établissement bancaire plutôt qu'avec tel autre. On ne décide cependant plus du contenu de la réglementation qui intervient ensuite, puisque celle-ci est dictée par la partie proposante ou plutôt, le plus souvent, par l'organisation professionnelle à laquelle elle appartient. (J. F. PERRIN, « Une approche socio-juridique de la théorie générale du contrat civil », RIEJ. 1994, p. 51). On se demande alors si ce genre de rapport mérite le label de contrat. Sur cette question, la littérature vietnamienne reste muette alors que la doctrine française est divisée. Pour certains, le rapport d'adhésion n'est pas de nature contractuelle. Ainsi, M. MORIN considère-t-il que « Ne sont donc pas contractuelles les obligations qui sont l'œuvre exclusive de l'une des parties » (G. MORIN, art. préc., p. 559). Pour d'autres, le rapport d'adhésion est bien de nature contractuelle. Selon L. JOSSERAND par exemple, « il faut reconnaître, avec une doctrine dominante, que le contrat par adhésion est encore un contrat que l'auteur de la pré-rédaction comme l'adhérent sont encore des parties contractantes » (Cf. L. JOSSERAND, art. préc., p. 146). En réalité, bien que son contenu soit fixé par une partie, le rapport formé par l'adhésion n'est pas moins de nature contractuelle, car « dans le contrat d'adhésion, la « liberté du vouloir » ne disparaît pas » (Cf. F. TERRÉ, « Sur la sociologie juridique du contrat », APD, 1968, p. 79 et s.).

en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »⁵⁶⁹. Le franchiseur, contractant fort, pourrait très bien profiter de sa position supérieure pour obtenir de ses franchisés des avantages indus tout en méprisant l'intérêt du réseau et l'intérêt que chaque franchisé du réseau peut légitimement attendre. Le conflit d'intérêts est alors patent puisque l'intérêt supérieur est sacrifié au profit de l'intérêt personnel d'une seule partie⁵⁷⁰.

298. La lutte des volontés égoïstes. S'il est vrai que le franchiseur et le franchisé partagent un même but qui est de développer un réseau grâce aux efforts conjugués, cette conception ne méconnaît nullement le fait que les parties peuvent avoir des intérêts particuliers⁵⁷¹, si bien qu'il existe un antagonisme latent à l'achat-vente⁵⁷². Cet antagonisme se cristallise dans une lutte des volontés égoïstes⁵⁷³. Chacun s'efforce d'obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice, pouvant ainsi nourrir le comportement égoïste de chacune des parties, qui cherche à détourner l'intérêt de la relation contractuelle à son seul profit. La première partie de la thèse a été l'occasion d'examiner l'existence de l'intérêt commun dans la franchise. Dans cette seconde partie, on verra comment le droit de chaque pays délimite la poursuite des intérêts propres des parties tant pendant la période contractuelle (Titre premier), que lorsqu'un événement survient mettant en cause leur relation (Titre second).

⁵⁶⁹ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Livres XI, chap. 4.

⁵⁷⁰ P-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts-Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 1.

⁵⁷¹ Et par conséquent les moyens qu'elles mettent en place peuvent être divergents. Cf. HADFIELD, « Problematic Relations Franchising and the Law of Incomplete Contracts », *Stanford Law Review*, 1990, p. 949, cité par K. MCCORMICK GNUVA, *op.cit.*, p. 30.

⁵⁷² J.- M. LELOUP, « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution. Dix ans de droit de l'entreprise », *Librairies techniques*, 1978, avant-propos J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE, p. 933 et s.

⁵⁷³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1935, n° 40, p. 79.

Titre premier

Les intérêts particuliers et l'exécution du contrat

299. Le double visage de l'exclusivité. En matière de franchise, il arrive très souvent que le franchiseur introduit dans le contrat des clauses d'exclusivité territoriale et d'exclusivité d'approvisionnement⁵⁷⁴. Le franchisé est le seul qui a le droit, mais aussi le devoir de ne vendre qu'un produit déterminé sur un territoire déterminé. Le franchiseur, quant à lui, peut écouler ses produits⁵⁷⁵, s'abriter contre la montée en force des concurrents et maintenir la cohérence du réseau. Il voit toutefois limitée sa liberté d'implantation géographique dans une zone qui relève désormais de l'exclusivité d'exploitation de son franchisé. Ces exclusivités reposent en effet sur un antagonisme.

D'un côté, elles offrent de nombreux avantages, en ce sens qu'elles permettent de maintenir l'homogénéité⁵⁷⁶ et l'étanchéité du réseau⁵⁷⁷. L'exclusivité contractuelle est alors synonyme de répartition équitable des risques et des profits⁵⁷⁸, de prévisibilité et de sécurité. Elle permet donc d'assurer la rentabilité des investissements⁵⁷⁹. Elle rationalise⁵⁸⁰ le commerce et serait même un procédé « parfait » pour une grande industrie cherchant des débouchés à l'étranger⁵⁸¹.

⁵⁷⁴ Le rôle de chaque exclusivité n'est pas appréhendé de la même manière selon qu'on est franchiseur ou franchisé. Aussi, Madame NEFUSSY-LEROY, après avoir scruté 100 contrats de franchise, a pu remarquer que « pour les franchiseurs, c'est l'exclusivité d'approvisionnement qui est privilégiée. Les franchisés, quant à eux, insistent sur la nécessité d'une exclusivité territoriale ». Cf. *Les clauses d'exclusivité dans le contrat de franchise*, th. op. cit., p. 267.

⁵⁷⁵ S'il est lui aussi un distributeur.

⁵⁷⁶ Y. MAROT, « Franchise et approvisionnement exclusifs », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct. p. 1088 s.

⁵⁷⁷ M. PEDAMON, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1994, n° 650.

⁵⁷⁸ J. A. FINKELSTEIN, « Les accords de distribution exclusive aux Etats-Unis et en France », *RIDC*, 1982-1, p.7.

⁵⁷⁹ G. PARLEANI, « Les clauses d'exclusivité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 55, n° 2.

⁵⁸⁰ P. MALAURIE et L. AYNES, *Contrats spéciaux*, Cujas, 12^{ème} éd. Par P.-Y. GAUTIER, 1998/1999, n° 827.

⁵⁸¹ J. GUYENOT, « Etudes juridique et économique des conventions d'exclusivité de vente », *Dr. soc.* 1965, p. 2.

De l'autre côté, du fait des liens qu'elles nouent entre les cocontractants et de l'exclusion⁵⁸² des tiers qu'elles imposent, les exclusivités pourraient être un terrain propice à l'émergence de toute sorte de comportements égoïstes. L'égoïsme trahit l'idée d'intégration et de cohérence du réseau pour devenir une « prison économique » dont les effets seraient autant d' « affronts au libéralisme économique et à l'individualisme juridique »⁵⁸³. Il importe donc de voir dans ce Titre premier comment cette double exclusivité territoriale (Chapitre II) et d'approvisionnement (Chapitre I) est défendue ou combattue lorsqu'elle est source d'égoïsme.

⁵⁸² G. PARLEANI, *op.cit.*, p. 3.

⁵⁸³ Cl. CHAMPAUD, « La concession commerciale », RTD com. 1963, pp. 461 et 453.

Chapitre I

L'exclusivité d'approvisionnement

300. Les avantages réciproques. Si ni la doctrine, ni la jurisprudence ne contestent aujourd'hui que l'approvisionnement exclusif n'est pas un élément essentiel du contrat de franchise⁵⁸⁴, il arrive très souvent que le franchiseur impose à son franchisé de s'approvisionner auprès de lui ou auprès des fournisseurs référencés par lui en produits ou en services. Une telle clause présente des avantages tant pour le franchisé que pour le franchiseur. Le premier est assuré d'être régulièrement approvisionné en produits qu'il va commercialiser. Le second, quant à lui, peut vendre dans tout le réseau les produits qu'il fabrique ou distribue. Il peut ainsi protéger son image de marque. Selon un auteur, l'exclusivité d'approvisionnement, tout comme l'exclusivité territoriale, relève de l'intérêt commun des parties. Elle se conçoit même comme liée au fondement de l'intérêt commun voulu par les parties au contrat⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Pendant longtemps la question de savoir si les engagements exclusifs sont de l'essence du contrat de franchise était débattue dans la littérature juridique française. Certains ont considéré que « l'exclusivité est une raison d'être du franchisage et par suite du contrat de franchise ». (W.Y. KARAM, th. *op. cit.*, p. 145 et s.), que « la double exclusivité est en effet indispensable pour donner au franchiseur le contrôle de la distribution de ses produits ou de ses services dans le cadre d'un contrat fondé sur la concession de son enseigne et, éventuellement, de ses marques » (F. CAQUELIN, « La franchise et le droit », *Gaz. Pal.* 1982, p. 565). D'autres ont affirmé au contraire que l'exclusivité d'approvisionnement n'était pas essentielle de la franchise. Cf. D. LEGEAIS, *Franchise*, J.-Cl. Com. Fasc. 316, 15 mars 2009 ; D. BASCHET, *op. cit.*, n° 182, p. 96 ; P. le TOURNEAU et M. ZOIA, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1045 : *Franchisage. – Variétés du franchisage. – Indépendance et domination dans le franchisage. – Droit de la concurrence et franchisage*, 16 nov. 2007 ; P. le TOURNEAU et M. ZOIA, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 1050 : *Franchisage. – Franchisage dans le domaine des services. – Le franchiseur et le franchisé*, 15 janv. 2008 ; F-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la franchise*, JOLY, 2009, p. 183. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (du 26 sept. 2001, *Juris-Data* n° 155594) rappelle que le contrat ne peut être annulé pour absence d'objet, malgré l'incapacité du franchiseur « à lui fournir les produits qu'il s'était contractuellement engagé à remettre au franchisé, l'objet du contrat de franchise résidant, s'agissant du franchiseur, dans la transmission de son savoir-faire et des signes distinctifs de son réseau ».

⁵⁸⁵ L. AMIEL-COSME, *op.cit.* p. 267.

301. Après les roses, les épines. Ces avantages ne peuvent toutefois pas cacher la réalité qu'une telle clause donne plus de priorités au franchiseur et est considérée par lui, et seulement par lui, comme un élément essentiel du contrat de franchise⁵⁸⁶. Elle présente en effet deux gros inconvénients au franchisé. D'une part, il se trouve dans l'impossibilité d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents. D'autre part, il lui est difficile de négocier librement le prix d'achat avec le franchiseur et se trouve, dans certains cas, obligé de pratiquer les prix de revente imposés (ou conseillés) par celui-ci, alors même qu'il est un commerçant indépendant. Le franchisé se trouve dans une situation d'autant plus inconfortable lorsque son franchiseur tente de renforcer cette exclusivité pour satisfaire au mieux son propre intérêt, d'où la source de déséquilibres dans le contrat. Il importe dès lors de voir quels seront les comportements égoïstes⁵⁸⁷ susceptibles de naître de la détermination des éléments de l'exclusivité (Section 1) et de la détermination du prix des marchandises soumises à cette exclusivité (Section 2).

Section 1 : La détermination des éléments de l'exclusivité

302. Plan. Avant d'envisager des remèdes (§ 2), il convient d'identifier les éléments susceptibles de faire naître les comportements égoïstes (§ 1).

§ 1. Les éléments de l'exclusivité

303. Plan. La clause d'approvisionnement exclusif peut porter sur deux éléments : le matériel (A) et les marchandises ou les services (B).

⁵⁸⁶ N. NEUFUSSY-LEROY, *Les clauses d'exclusivité dans le contrat de franchise*, th. Nice-Sophia Antipolis, 1992, p. 261 et *passim* ; S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, th. Paris, Litec 2002, p. 18.

⁵⁸⁷ Le dictionnaire Larousse, édition de 1999, définit le mot « égoïsme » comme « attachement excessif qu'une personne porte à elle-même, à ses intérêts, aux dépens de ceux des autres ». Le dictionnaire Le Petit Robert, édition de 2002, quant à lui, le définit comme la « tendance, chez les membres d'un groupe, à tout subordonner à leur intérêt ». Par « comportement égoïste » dans la franchise on entend un comportement consistant à satisfaire un intérêt propre au détriment de celui du partenaire, rompant ainsi la communauté d'intérêts qui doit résider au cœur de cette collaboration.

A. L'approvisionnement exclusif portant sur du matériel

304. L'homogénéité du réseau. Au Vietnam, le fait que le franchiseur impose à son franchisé d'acheter ou de louer le matériel fourni par lui ou par les fournisseurs qu'il désigne n'est pas illicite *per se*, à condition que cela soit indispensable pour préserver l'homogénéité du concept. Ainsi, la circulaire n° 9 du 25 mai 2006 portant application du décret n° 35 exige que le franchiseur précise dans le document d'information précontractuelle le matériel à louer ou à acheter. Il doit ensuite justifier que le matériel imposé vise le seul but d'assurer l'homogénéité du réseau. Une telle exigence semble nécessaire pour protéger le franchisé. Avant l'entrée en vigueur de la loi commerciale et de ladite circulaire, le franchiseur pouvait très bien demander à son franchisé de s'équiper du matériel nécessaire pour écouler les produits qu'il fabrique lui-même ou dont il est fournisseur⁵⁸⁸, afin de recevoir des ristournes données par des tiers fournisseurs⁵⁸⁹ sans avoir à justifier la nécessité d'une telle demande. Désormais, le franchiseur doit justifier l'obligation incombant au franchisé par le besoin d'homogénéité. Il doit également justifier que les produits ou matériels imposés concernent directement l'objet du contrat de franchise, sous peine de tomber sur le coup de l'article 8-5 de la loi sur la concurrence de 2004. Ledit article considère en effet comme portant atteinte à la concurrence l'entente qui tend à « subordonner la conclusion avec d'autres entreprises d'un contrat de vente de marchandises ou de prestation de services à des conditions ou des obligations qui ne sont pas directement liées à l'objet du contrat ».

305. Double condition. En France, le juge adopte une position plus sévère en ce qui concerne l'obligation d'approvisionnement exclusif portant sur du matériel que celle adoptée par le législateur vietnamien. Le franchiseur doit la justifier non seulement par le maintien de l'identité commune du réseau et de sa réputation, mais encore par l'impossibilité de définir des spécifications de qualité objectives ou par l'irremplaçabilité en raison de la nature du

⁵⁸⁸ Dans cette hypothèse, le franchiseur joue le rôle d'un grossiste. Il achète, dans un premier temps, les marchandises pour son propre compte à divers fabricants et les revend, dans un second temps, aux franchisés tout en profitant d'une marge.

⁵⁸⁹ Dans cette hypothèse, le franchiseur agit comme un mandataire ou commissionnaire exclusif des franchisés, achetant pour le compte de ces derniers auprès des tiers fournisseurs, soit en se présentant comme intermédiaire auprès des tiers dans le cas du mandat, soit en contractant en son nom propre avec les tiers en cas de contrat de commission.

matériel en cause. Des contrats de franchise ont été en effet annulés ou requalifiés parce que leurs clauses d'exclusivité portaient sur des matériels purement utilitaires⁵⁹⁰.

306. Jurisprudence. En pratique, rares sont les clauses d'approvisionnement exclusif portant sur du matériel qui sont validées par le juge. Aussi, il paraît opportun de citer une décision rendue le 6 juillet 1996 par le Conseil de la concurrence⁵⁹¹ qui a déclaré licite la clause qui obligeait les franchisés à équiper leur magasin en matériel informatique fourni exclusivement par une société, prévoyait le recours obligatoire à une société de financement et imposait que le matériel soit mis à disposition du franchisé en location. Deux motifs avancés par le franchiseur ont satisfait le Conseil : la nécessité du produit au bon fonctionnement de la franchise et l'impossibilité de trouver de meilleurs produits semblables sur le marché.

Sur le premier point, le Conseil a fait droit à l'argument du franchiseur parce que « la configuration informatique TCB a été construite sur mesure pour être intégrée à une solution informatique globale répondant aux besoins spécifiques de la franchise et adaptée à son savoir-faire particulier lié notamment aux promotions qui représentent 60 % des ventes des franchisés ». Dès lors, compte tenu du nombre élevé de franchisés et de l'inexpérience en matière informatique de la plupart d'entre eux, il a décidé que la mise en œuvre d'un système informatique unique « ne paraît pas excéder ce qui était nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du réseau de franchise ».

S'agissant de la possibilité de recourir à des produits semblables, le Conseil a souligné que s'il est vrai que l'on peut trouver sur le marché des ordinateurs proposés par d'autres sociétés (Hewlett-Packard et Atos) qui sont « utilisables en remplacement des ordinateurs NCR », le comportement opportuniste du franchiseur n'était toutefois pas caractérisé parce que les ordinateurs de Hewlett-Packard ont été proposés « à des conditions tarifaires et pratiques qui ont conduit la société Yves Rocher à écarter cette solution », alors que ceux proposés par Atos étaient « de simples ordinateurs PC » ne satisfaisant pas les besoins propres des centres de beauté.

⁵⁹⁰ Cons., conc., décision n° 96-D-36 du 28 mai 1996 relative à des pratiques restrictives de concurrence dans le réseau de franchise de vêtements pour enfants de la marque Z ; BOCC 20 août 1996, p. 408, obs. L. VOGEL ; Cons., conc., décision n° 106 du 19 mars 1996 relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise des centres de mise en forme *GYMNASIUM* (BOCC 24 mai 1996, p. 263, obs. L. VOGEL).

⁵⁹¹ Décision n° 99-D-49 du 6 juillet 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par les Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher. NOR : ECOC9910289S.

B. Approvisionnement exclusif portant sur des produits ou des services

307. Si l'approvisionnement exclusif du matériel se pratique de moins en moins, il n'en va pas de même de l'exclusivité portant sur les marchandises. Il arrive souvent que le franchiseur demande à son franchisé de s'approvisionner exclusivement auprès de lui ou auprès des fournisseurs référencés par lui. L'exclusivité pourrait être renforcée lorsque le franchiseur impose un objectif à atteindre ou un chiffre d'affaires minimum à réaliser. Par cette clause, le franchisé doit non seulement prendre le franchiseur pour fournisseur unique, mais encore réaliser le but de vente imposé par lui, sous peine de voir le contrat rompu⁵⁹².

308. Exclusivité déguisée. Le franchiseur peut également recourir à un moyen qui est, *prima facie*, moins contraignant, mais qui peut devenir une exclusivité déguisée, en prévoyant des clauses de quota⁵⁹³, de minima⁵⁹⁴, ou d'objectif. Par ces clauses, le franchiseur impose en fait au franchisé d'acheter une certaine quantité de marchandises à lui-même ou au tiers. Ces clauses, comme M. ERESEO⁵⁹⁵ l'a remarqué, accompagnent fréquemment les clauses d'exclusivité, mais elles peuvent très bien exister en l'absence de toute exclusivité. Le franchisé est libre d'acheter et de revendre des produits concurrents. Toutefois, cette liberté laissée au débiteur de diversifier ses sources d'approvisionnement (liberté formelle) peut se révéler illusoire si les diligences attendues de lui ont pour conséquence de l'empêcher de recourir à un autre fournisseur (liberté réelle). Plus la quantité imposée est importante, plus l'obligation est contraignante et risque de nourrir les comportements égoïstes du créancier. Il conviendrait dès lors d'examiner comment les droits des deux pays préviennent ce risque et sanctionnent sa réalisation.

§ 2. Les mesures de contrôle

309. Double joug. En établissant les conditions auxquelles une exclusivité d'approvisionnement doit obéir, le droit commun des obligations et le droit de la concurrence concourent à sanctionner directement ou indirectement les comportements égoïstes de celui

⁵⁹² N. NEFUSSY-LEROY, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁹³ Sur ce point, V. P. BECQUÉ, « Les clauses de « quota » dans les contrats de concession exclusive », Cah. dr. entr. 1985/4, p. 21 ; A. RONZANO, « Clause de rendement et contrats-cadres de distribution », JCP E 1996, I, 535.

⁵⁹⁴ Sur ce point, V. P. le TOURNEAU et M. ZOIA, art. préc. Fasc. 1050 ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.*, p. 601.

⁵⁹⁵ N. ERESEO, *L'exclusivité contractuelle*, *op. cit.*, p. 98 et s.

qui a le droit d'imposer cette exclusivité. En effet, de caractère contractuel, l'engagement exclusif doit satisfaire les conditions de validité établies par le droit commun des obligations (A). Cet engagement comportant en soi les éléments pouvant entraver le libre jeu du marché, sa validité doit également être soumise au droit de la concurrence (B).

A. Les contrôles établis par le droit commun des obligations

310. L'engagement exclusif, qu'il soit formulé en une clause insérée dans le contrat de franchise, ou en une partie du cahier des charges⁵⁹⁶, n'est licite que s'il respecte les conditions imposées par le droit commun des obligations telles que la capacité des cocontractants, l'objet certain, la cause licite et le consentement éclairé. C'est ce que l'on peut lire dans les articles 1108 du Code civil français et 122 du Code civil vietnamien. La capacité des contractants et la forme du contrat ne présentant pas d'intérêt particulier⁵⁹⁷, l'attention sera focalisée sur la cause et l'objet de l'obligation.

311. Légitimité de l'obligation. La validité de la clause d'exclusivité d'approvisionnement est subordonnée à la légitimité de sa cause. Les rédacteurs du Code civil français envisagent en effet la cause licite dans l'obligation comme condition essentielle pour sa validité. Mais aucune définition de cette notion n'a été donnée par le législateur. Non définie, la cause a suscité les passions et alimenté d'inépuisables débats juridiques. Plusieurs études ont été consacrées à la dichotomie cause contrepartie/cause motif, cause abstraite/cause concrète, cause objective/cause subjective, cause immédiate/cause mobile, cause de l'obligation/cause du contrat⁵⁹⁸. Sur ce dernier point, Mme ROCHFELD⁵⁹⁹ a mis en évidence le lien entre la

⁵⁹⁶ NEFUSSY-LEROY (th. *op. cit.*, p. 32 et s.), après avoir scruté 100 contrats de franchise, a pu remarquer que les dispositions conventionnelles sont constituées, non seulement d'un contrat de franchise, mais aussi d'un cahier des charges, qui comprend des dispositions plus techniques, et d'un manuel appelé souvent la « Bible ». Aussi, dans un contrat de franchise de bricolage et décoration, l'exclusivité d'approvisionnement ressort-elle uniquement de l'article 7 du cahier des charges qui impose au franchisé de « respecter la liste des fournisseurs et des produits indiqués dans la bible ». De même, dans une franchise de vêtements pour enfants, l'exclusivité n'apparaît que dans le cahier des charges, à l'article 14 dénommé « commande », et non dans le contrat de franchise lui-même.

⁵⁹⁷ Sur les conditions de validité du contrat de franchise, V. NGO Quoc Chien, *Contrat de franchise. Etude comparative en droits français et vietnamien*, mémoire de Master, Tours 2007. V. également M. TROCHU et NGO Quoc Chien, *La franchise au Vietnam*, Rev. Droit des affaires internationales, n° 6-2009, p. 725.

⁵⁹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 2004, notamment n° 973, p. 2017 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1993, n° 813 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2007, n° 404 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 8^{ème} éd. 2002, n° 331 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, Litec, 6^{ème} éd. 1998, n° 813 et s. ; DO Van Dai, *Le rôle de l'intérêt privé dans le*

cause et le type de contrat. Selon l'auteur, qui dénonce la rigidité de la dichotomie fonctionnelle des causes, il convient de distinguer la cause typique – cause identique par type de contrat donné – et la cause atypique – cause individuellement définie, spécifique à un contrat donné, à découvrir, interpréter et apprécier à l'échelle individuelle. Mme CASEAU-ROCHE⁶⁰⁰, en s'inspirant de cette thèse et en recherchant les raisons pour lesquelles les concepteurs des obligations les ont insérées dans le contrat, a conclu qu'il existait bien une cause identique pour chaque clause qu'il convient de caractériser pour la valider ou l'invalidier.

312. Les rédacteurs du Code civil vietnamien de 2005, quant à eux, n'ont pas employé la notion de cause, mais de « but »⁶⁰¹. Ainsi, toute convention, pour être valable, doit satisfaire quatre conditions que sont la capacité contractante, la licéité du but et du contenu, et l'éclairage du consentement⁶⁰². Ce but, tel qu'il est défini par l'article 123 dudit code, est « un intérêt légitime que les parties souhaitent obtenir lorsqu'elles concluent l'acte ». On voit ici le rapprochement avec l'idée de « renouvellement de la cause » soutenue par Monsieur REIGNE⁶⁰³ qui définit la cause comme « le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres ». L'auteur précise que « le but contractuel voulu par les parties ne se limite pas au but contractuel commun aux parties. Il comprend également le but poursuivi par l'une des parties et pris en compte par les autres parties de telle manière qu'il se trouve intégré au contrat ». Aussi, les approvisionnements ne doivent pas être considérés comme des ventes simples dans lesquelles la cause est pour le franchiseur une somme d'agent et pour le franchisé l'appropriation des marchandises. Le but légitime de

contrat en droit français, th. Aix-Marseille, 2004, notamment n° 71 et s. ; P. SIMLER, *Cause*, J.-Cl. fasc. 20, 1994 ; J. MAURAY, *Cause*, Dalloz, 1970. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971.

⁵⁹⁹ J. ROCHEFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, préf. GHESTIN, LGDJ 1999.

⁶⁰⁰ C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001, n°s 374 et s.

⁶⁰¹ Qui n'est pas loin d'ailleurs de la notion d'intérêt privé qui est traité systématiquement par M DO Van Dai dans sa thèse sur *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, Aix-Marseille, 2004.

⁶⁰² En effet, l'article 122 du Code civil de 2005 impose que « les parties à l'acte jouissent de la capacité d'exercice en matière civile ; le but et le contenu de l'acte ne doivent ni violer les interdictions légales ni être contraires à la morale sociale ; les parties à l'acte se sont librement engagées ».

⁶⁰³ P. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat*, th. Paris II, 1993, 271 et s. Dans le même sens : E. MOUIAL-BASSILANA, *Du renouveau de la cause en droit des contrats. Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat*, th. Nice, 2003 ; S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. YOYER et M.-L. DEMEESTER, Dalloz, 2007 ; P. CATALA, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Defrénois*, 15 déc. 2008 n° 21, p. 2365. G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. Montpellier I, 2001, notamment n° 537, p. 220 ; A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, préf. J. GHESTIN ; J.-M. MARRMAYOU, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties. Méthode de distinction*, th. Aix-en-Provence, 2001, PUAM, 2002, préf. J. MESTRE.

l'exclusivité d'approvisionnement dans la franchise ne peut être autre que l'assurance de l'homogénéité du concept. L'égoïsme du franchiseur pourrait être caractérisé s'il va au-delà de ce but⁶⁰⁴. C'est donc le but de l'obligation d'exclusivité d'approvisionnement que l'on est invité à chercher et non sa contrepartie comme on entend souvent parler⁶⁰⁵.

313. Au Vietnam, si le législateur impose au franchiseur de justifier l'approvisionnement du matériel par la nécessité de l'homogénéité du réseau, il reste toutefois muet sur l'approvisionnement des marchandises ou des services. Est-ce à dire que le franchiseur peut imposer à son franchisé d'acheter n'importe quel produit à n'importe quelle quantité ? Rien n'est moins sûr. Dans la pratique, le franchiseur *Hapro* (un réseau de « magasins d'utilité ») impose à tous ses franchisés de ne vendre que des produits qu'il fabrique ou qu'il désigne sans donner la moindre explication, alors même qu'il existe sur le marché d'autres fournisseurs qui proposent les mêmes produits à des prix plus intéressants. Cette obligation n'a pas gêné le Ministère de l'Industrie et du Commerce⁶⁰⁶ car le réseau *Hapro* occupe une part minime de marché. Elle est toutefois critiquée par la doctrine⁶⁰⁷. En effet, s'il est vrai que cette exclusivité n'a pas pour effet de répartir de façon sensible les sources d'approvisionnement sur le marché des produits en cause, elle porterait toutefois atteinte à l'intérêt du franchisé et celui des consommateurs par l'augmentation inévitable du prix de revente que celui-ci est obligé de pratiquer pour pouvoir survivre.

314. En France, la clause d'approvisionnement exclusif, qu'elle porte sur du matériel ou qu'elle vise des marchandises, n'est valide que sous une double condition. D'une part, elle doit être nécessaire pour assurer la réitération du concept et indispensable pour sauvegarder

⁶⁰⁴ Dans le même sens : NGUYEN Thanh Tu, « Les contrats de franchises sous l'angle du droit de la concurrence » (Nhượng quyền thương mại dưới góc độ pháp luật cạnh tranh), Rev. Etudes législatives, n° 19, sept. 2009. L'auteur observe que les ententes restrictives ne peuvent bénéficier des exemptions que si elles sont nécessaires à la communication et la protection du savoir-faire et à la préservation de la réputation et de l'uniformité du réseau, et cela même que le franchiseur occupe une part de marché supérieur à 30%.

⁶⁰⁵ Ainsi, selon NEFUSSY-LEROY (*op. cit.*, p. 316), un franchisé « ne pourra-t-il pas arguer de l'absence d'exclusivité territoriale pour faire juger que son engagement d'exclusivité d'approvisionnement est dépourvu de cause ; ce dernier trouve sa cause dans l'ensemble des obligations du franchiseur. L'absence de cause ne peut donc être retenue que si vraiment les obligations d'une partie sont toutes inexistantes ».

⁶⁰⁶ Qui examine tous les dossiers de demande d'enregistrement de la franchise.

⁶⁰⁷ Cf. NGUYEN Thanh Tu, art. préc. ; VU Dang Hai Yen, *op. cit.*, p. 123 ; M. TROCHU et Quoc Chien NGO, *Le contrat de franchise au Vietnam*, art. préc. ; NGUYEN Quang Tung, « La distribution sélective au Vietnam », in « Les nouvelles formes de la distribution au Vietnam », Colloque organisé par l'Université François-Rabelais de Tours et l'Ecole supérieure de commerce extérieur de Hanoï, Vietnam, oct. 2010.

l'identité commune et le prestige du réseau. D'autre part, il est impossible d'appliquer des spécifications objectives de qualité. Deux arrêts de la Cour de cassation confirment ce propos.

Le premier arrêt, qui a sanctionné un franchiseur pour n'avoir pas réussi à justifier le but de son obligation d'approvisionnement exclusif, a été rendu le juillet 2002. En l'espèce, la société Intercaves a signé avec un franchisé quatre contrats de franchise successifs. Les deux premiers lui ont conféré la distribution exclusive de ses produits dans la moitié de la ville de Lorient côté Lanester, puis sur Languidic Hennebont. Le troisième lui a accordé l'exclusivité dans le secteur de Lorient Ouest et Lanester. Le quatrième, intitulé « contrat de partenariat » remplaçant et annulant toute convention antérieure, a repris l'essentiel des clauses antérieures, à l'exception de la clause de prix imposés. Le franchiseur a notifié au franchisé le 31 mai 1995 la suspension des livraisons en raison d'impayés. De son côté, le franchisé l'a assigné en annulation des contrats. Les juges du fond ont donné raison au franchisé. De même, la Cour de cassation a estimé que la clause insérée dans les quatre contrats « 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 »⁶⁰⁸.

Dans le second arrêt rendu le 6 avril 1999, la clause d'approvisionnement exclusif a été validée par la Haute juridiction parce que le franchiseur avait pu justifier l'obligation par son caractère « indispensable à la préservation de l'identité du réseau de franchisage ainsi qu'à l'homogénéité de l'image de marque ». En l'espèce, un « contrat de franchise Phildar », signé pour une durée de quatre ans, comportait une clause d'approvisionnement exclusif des produits Phildar. Face à un chiffre d'affaires inférieur à l'estimation prévisionnelle, le franchisé a vendu des produits d'autres marques après avoir vainement sollicité l'autorisation de le faire. Le franchiseur a alors mis le franchisé en demeure de cesser de vendre des produits concurrents. Le franchisé, quant à lui, a assigné le franchiseur en nullité de la clause d'approvisionnement exclusif avec réparation de son préjudice. Après un long feuilleton judiciaire⁶⁰⁹, la Cour de cassation a validé la clause d'approvisionnement exclusif en estimant que « la fabrication de ces produits s'effectuait selon des procédés spécifiques obéissant à un cahier des charges précis et contraignant, d'où il est résulté un savoir-faire dont elle était seule

⁶⁰⁸ Cass. com., 2 juill. 2002, pourvoi n° 00-14939, inédit.

⁶⁰⁹ Le litige était résolu en appel le 5 déc. 1991 devant la Cour d'appel de Douai dont l'arrêt a été cassé par la Cour de cassation le 10 janv. 1995 pour n'avoir pas démontré « concrètement en quoi la clause litigieuse était indispensable pour préserver l'identité et la réputation du réseau de franchise ». L'affaire a été renvoyée à la Cour d'appel d'Amien dont l'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

détentrices ». La Cour a retenu en outre que « 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 »⁶¹⁰.

315. En définitive, le franchiseur peut satisfaire son propre intérêt en imposant à son franchisé de s'approvisionner auprès de lui ou auprès des fournisseurs référencés par lui. Toutefois, en France, la satisfaction de cet intérêt particulier doit connaître des limites. Il est de jurisprudence constante que le franchiseur doit justifier le but de l'exclusivité d'approvisionnement par la sauvegarde de l'identité du réseau et par l'impossibilité d'appliquer des spécifications objectives de qualité. Cette exigence de motif permettrait de prévenir les comportements égoïstes du franchiseur. Elle mériterait d'être suivie par les juges vietnamiens.

B. Le contrôle de l'égoïsme par le droit de la concurrence

316. La protection des contractants n'est pas l'objectif premier du droit de la concurrence, puisque son principal objet consiste à protéger le marché⁶¹¹. Mais en réprimant des entraves à la libre concurrence, il a un effet de régulation du contrat⁶¹². Dans cette perspective, la clause d'approvisionnement exclusif dans le contrat de franchise serait illicite si elle impose au franchisé des restrictions mettant en cause le libre jeu du marché. Après avoir relevé la désillusion de la protection du franchisé par la durée légale de l'engagement (1), il convient d'examiner les ententes restrictives (2).

⁶¹⁰ Cass. com., 6 avr. 1999, pourvoi n° 96-20606, inédit.

⁶¹¹ A. BRUNET et A. GHOZI, art. préc. ; G. PASQUI, « L'abus de dépendance », *Contrats, conc. cons.*, 1993, n° 71, p. 11.

⁶¹² M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, chron. p. 54 ; A. PIROVANO, « Logique concurrentielle et logique contractuelle », *in* « Les transformations de la régulation juridique », colloque Droit et société, Recherches et travaux du RED à la MSH, dir. J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, 1998/5.

1.- La désillusion de la protection du franchisé par le biais de la durée de l'engagement exclusif

317. L'interdiction de l'engagement perpétuel. En France, la validité de l'exclusivité d'approvisionnement ne peut dépasser 10 ans. En effet, l'article L. 330-1 du Code de commerce prévoit qu' « est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ». En outre, l'article L. 330-2 du même Code précise que « lorsque le contrat comportant la clause d'exclusivité mentionnée à l'article L. 330-1 est suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat ».

Le but du législateur est donc d'éviter que la dépendance économique du débiteur de l'exclusivité ne devienne perpétuelle tout en accordant au franchisé la possibilité de sortir du contrat au moins une fois tous les dix ans⁶¹³. Rien n'empêche cependant que le franchiseur, à l'expiration du délai légalement imparti, impose une nouvelle exclusivité pour une nouvelle période⁶¹⁴.

318. Le droit vietnamien, quant à lui, ne prend pas cette voie. Aucune durée légale n'est imposée à l'engagement exclusif et au contrat de franchise lui-même, ce qui paraît judicieux. La prévention de l'égoïsme est certes nécessaire, mais l'interventionnisme et le dirigisme du législateur⁶¹⁵ dans la volonté des parties ne sont pas ce que souhaitent les acteurs du monde des affaires. Le projet de décret n° 35 imposait que la durée de tout contrat de franchise ne soit pas inférieure à deux ans. Une durée minimale semble nécessaire pour permettre au franchisé d'amortir ses investissements. Elle est toutefois considérée par la doctrine comme relevant de l'interventionnisme. Les commerçants sont les mieux placés pour juger la durée de leur propre relation. Elle serait d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi commerciale qui met

⁶¹³ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 174.

⁶¹⁴ Cass. com., 11 mars 1981, pourvoi n° 79-12532, Bull.civ. IV, p. 105. Selon la Haute juridiction, à l'expiration du délai de dix ans les parties « pouvaient valablement conclure une convention contenant une clause d'exclusivité de même nature ».

⁶¹⁵ Qui n'est pas le mieux placé pour savoir quelle sera la bonne durée de validité d'un contrat.

en relief l'autonomie de volonté. La durée minimale du contrat a été heureusement enlevée du texte définitif du décret.

2.- Le contrôle de l'égoïsme par le biais des ententes restrictives

319. Les ententes restrictives. Le droit de la concurrence, par souci de réguler le marché, prévoit et sanctionne les ententes entravant son libre jeu. En effet, en France, l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui abrogée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 et codifiée aux articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce, prohibe tout engagement, convention ou clause contractuelle qui tend à « limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises »⁶¹⁶ et à « répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement »⁶¹⁷. De même, l'article 81-1 du Traité de la CE, devenu aujourd'hui l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁶¹⁸, interdit les accords consistant à : « b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ; c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ». Les ententes restrictives peuvent toutefois bénéficier des exemptions prévu par le règlement n° 2790/1999⁶¹⁹, devenu aujourd'hui le Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées⁶²⁰. Les contrats de franchise y sont soumis comme tous les contrats de distribution dès lors qu'ils prévoient des exclusivités.

320. Les ententes restrictives sont encadrées de la même manière en droit vietnamien. En effet, l'article 8 de la loi sur la concurrence interdit les ententes tendant à « répartir les marchés de consommation ou les sources d'approvisionnement » et « limiter ou contrôler le volume des productions, des achats ou des ventes de marchandises ou de prestations de services ». Mais ces ententes ne sont prohibées que si « les parts de marché cumulées des parties à l'entente sont égales ou supérieures à 30% du marché en cause »⁶²¹. L'exclusivité

⁶¹⁶ Alinéa 1.

⁶¹⁷ Alinéa 4.

⁶¹⁸ JOUE C 115/47 du 9 mai 2008.

⁶¹⁹ Règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE n° L336/21 du 29 déc. 1999.

⁶²⁰ JOUE L 102/1 du 23 avril 2010.

⁶²¹ Art. 9-2.

d'approvisionnement peut bénéficier des exemptions prévues par l'article 10 si, dans le but de baisser le prix de revient au bénéfice des consommateurs, elle tend à : « rationaliser l'organisation, la structure de la production et de la distribution et élever la rentabilité ; promouvoir le progrès technique et technologique, améliorer la qualité des produits ou services ». L'exemption est également applicable lorsque l'exclusivité vise à « promouvoir l'application uniforme des normes de qualité et technique des catégories de produits », à « uniformiser les conditions de commercialisation, de livraison, de paiement sans affecter le prix et ses éléments », ou à « améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises ». L'emploi de la conjonction « ou » signifie que la satisfaction d'un seul des critères susmentionnés suffit pour bénéficier de l'exemption.

321. On remarquera l'absence de différences fondamentales entre les deux systèmes de droit, sauf qu'en droit de l'Union européenne, le seuil de parts de marché est fixé à 10 % du marché en cause pour les accords conclus entre des concurrents existants ou potentiels. Il est de 15 % lorsque les entreprises ne sont ni des concurrents existants ni des concurrents potentiels (accords entre non concurrents)⁶²². Les accords entre non concurrents englobent en principe les accords de distribution et, plus particulièrement, le contrat de franchise. Le juge vietnamien n'a jamais été saisi sur ce point. C'est la raison pour laquelle seule la jurisprudence française sera analysée afin de voir comment l'égoïsme du franchiseur dans la détermination des éléments de l'exclusivité d'approvisionnement pourrait être indirectement sanctionné par le droit de la concurrence. Deux arrêts seront analysés dans cette perspective. Le premier a été rendu en 1986 par la Cour de Justice des Communautés Européennes, aujourd'hui devenue Cour de justice de l'Union européenne, le second le 18 mars 1987 par le Conseil la concurrence.

322. La première espèce concerne le conflit entre la société Pronuptia de Paris de Francfort-sur-le-Main, filiale de la société française portant le même nom et son franchisé basé en Allemagne. Aux termes de trois contrats signés en 1980 le franchiseur a accordé au franchisé, entre autres droits, les exclusivités de fourniture et de marque. Le franchisé s'était engagé à ne vendre les marchandises en utilisant le nom commercial et la marque Pronuptia de Paris que dans le magasin spécifié dans le contrat ; à acheter auprès du franchiseur 80% des robes et

⁶²² Communication Comm. CE n° 2001/C 368/07 sur les accords d'importance mineure : JCP E 2002, Cah. dr. entr. 2002, n° 3, p. 28, obs. J.-L. RESPAUD.

accessoires de mariée ainsi qu'une proportion à déterminer par le franchiseur lui-même de tenues de cocktail et de réception et à ne pas s'approvisionner pour le reste qu'auprès de fournisseur agréés par le franchiseur. Le franchisé s'était également engagé à considérer les prix proposés par le franchiseur comme des recommandations pour la revente. Cherchant à se libérer de l'obligation de payer les redevances, le franchisé a assigné son franchiseur en nullité du contrat pour motif que celui-ci contient des clauses contraires aux principes de la libre concurrence. L'affaire a été portée devant la CJCE. La Cour, après avoir souligné l'importance du savoir-faire, a relevé que « les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents, ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1^{er} »⁶²³. Un raisonnement *a contrario* permettrait de déduire que seront nulles, en vertu de l'article 85, paragraphe 2 du Traité de Rome, les clauses d'exclusivité d'approvisionnement qui ne sont pas indispensables à la réitération du savoir-faire.

La seconde espèce concerne un contrat de franchise de vêtements pour enfants de la marque Z, aux termes duquel le franchiseur a imposé à son franchisé plusieurs obligations, à savoir l'exclusivité d'aménagement de magasin et l'exclusivité d'approvisionnement. L'égoïsme du franchiseur dans l'imposition de l'exclusivité d'aménagement a été sanctionné par le Conseil de la concurrence⁶²⁴. Selon ce dernier, s'il est loisible à un franchiseur, pour assurer l'unité du réseau, de faire respecter par les franchisés les éléments d'identification de la marque et de présentation des articles à travers l'application d'un cahier des charges, « rien ne justifie en l'espèce qu'une filiale du franchiseur soit seule à pouvoir effectuer ce type de prestations ». Cette décision a été ensuite confirmée par la Cour d'appel de Paris au motif que « même limitée aux aménagements spécifiques à l'enseigne du franchiseur, une telle clause a pu avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence »⁶²⁵.

323. En définitive, le contrat de franchise est un terrain permettant à chaque contractant de tirer un intérêt propre via la réalisation d'une œuvre commune. Toutefois, la poursuite de l'intérêt propre par le biais de l'exclusivité d'approvisionnement ne doit pas aller au-delà du but commun du contrat de franchise dans lequel cette obligation s'inscrit. L'exclusivité

⁶²³ CJCE, 28 janv. 1986, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Irmgard Schigallis*, Aff. 161/84, *Rec. CJCE*, 1986.

⁶²⁴ Cons., conc. décision n° 96-D-36 du 28 mai 1996, préc., confirmée par CA Paris, 1^{ère} ch. 18 mars 1997, *Contrats, conc. cons.*, n° 5, mai 1997, comm. 83, note L. VOGEL.

⁶²⁵ CA Paris, 1^{ère} ch. 18 mars 1997, *Contrats, conc. cons.*, n° 5, mai 1997, comm. 83, note L. VOGEL.

d'approvisionnement doit donc être soumise au droit commun des obligations et au droit de la concurrence. S'il est vrai que les buts de ces deux droits ne sont pas les mêmes, ils pourraient parvenir au même résultat : la sanction du comportement égoïste du franchiseur. La jurisprudence française n'a pas manqué de se référer au droit de la concurrence pour rétablir l'équilibre contractuel. Aujourd'hui, il est de règle bien établie en France que la clause d'exclusivité d'approvisionnement ne peut échapper aux foudres du droit de la concurrence qu'à la condition d'être indispensable pour préserver l'homogénéité du concept. Cette protection a pour avantage de délimiter le comportement du franchiseur qui ne peut pas dépasser le souci de sauvegarder l'identité du réseau. On ne peut alors que souhaiter sa transposition au droit vietnamien.

On verra que l'équilibre contractuel établi par le droit commun des contrats et la logique concurrentielle instaurée par le droit de la concurrence se mêlent étroitement dans une mission précise qui est de faire en sorte que la puissance contractuelle du franchiseur ne fasse pas obstacle à une négociation des prix des marchandises soumises à cette exclusivité.

Section 2 : La détermination du prix des marchandises soumises à exclusivité

324. Plan. La clause d'exclusivité d'approvisionnement présente au franchisé l'avantage de pouvoir compter sur un approvisionnement régulier en produits. La question qui se pose cependant est de savoir à quel prix le franchisé doit acheter ces marchandises et à quel prix il peut les revendre. Des évolutions importantes en matière de fixation du prix se sont produites dans les deux pays. Des réformes ont été prises dans les deux pays afin de répondre aux nouvelles exigences de la pratique commerciale. Elles ne s'avèrent pas toujours efficaces. Il paraît dès lors opportun d'examiner la question de la fixation du prix d'achat des marchandises soumises à exclusivité (§ 1), puis celle de la revente de ces mêmes marchandises (§ 2).

§ 1. Le contrôle du prix d'achat des marchandises soumises à exclusivité

325. Plan. Après avoir montré dans un premier temps l'inadaptation de la détermination *ab initio* du prix dans un contrat dont l'exécution s'inscrit dans le temps (A), l'attention sera concentrée sur la détermination unilatérale du prix (B).

A. La libre détermination du prix

326. Par souci d'équilibre contractuel, les législateurs des deux pays ont considéré pendant une longue période que le prix était un élément essentiel du contrat qui devait être fixé par la volonté commune des contractants (1). Cette conception s'est avérée par la suite inadaptée aux pratiques de la distribution (2).

1.- Le prix comme élément essentiel du contrat : principe reconnu dans les deux pays

327. L'entorse. Le prix était considéré dans les deux pays comme un élément essentiel du contrat. Strictement appliquée par le juge français (b), cette règle a toutefois subi des entorses au Vietnam avant même que le législateur n'intervienne pour changer la donne (a).

a) Le prix : élément essentiel du contrat en droit vietnamien

328. Exigence du prix. Dans un pays marchand comme le Vietnam, les notions de « commerce »⁶²⁶, « bénéfice » et « prix » ne choquent personne, ni les consommateurs, ni les commerçants. Il n'est pas étonnant dans ce contexte que le législateur vietnamien impose le prix, à l'article 401 du Code civil de 1995, comme un élément essentiel du contrat, qu'il s'agisse de la vente des marchandises ou de la prestation de service. L'alinéa premier dudit article précise que « l'essence du contrat s'entend des stipulations à défaut desquelles le

⁶²⁶ Le commerce, avec l'agriculture, l'industrie et le savoir, est considéré depuis fort longtemps comme un des quatre piliers de la société. Aussi, un des plus grands savants vietnamiens pendant la période féodale a écrit que : « Sans agriculture, point de sécurité ; sans industrie, point de richesse ; sans commerce, point de développement ; sans savoir, point de prospérité » (*Phi nông bất ổn, phi công bất phú, phi thương bất hoạt, phi trí bất hưng*). Cette culture marchande a toutefois été mise à mal pendant plus de trente ans, depuis l'engagement du pays dans la voie socialiste en 1955 jusqu'à la veille de la mise en place de renouveau en 1986, période caractérisée par l'interdiction aux personnes privées de faire du commerce. Pendant cette période, les mots de commerce et de commerçant revêtaient des significations très péjoratives (on appelle les commerçants « *con buôn* » - affairistes ou « *kẻ chợ* » - vénaux). Aussi est-il intéressant d'observer que cette image du commerce et des commerçants a totalement changé après la mise en route du renouveau : une journée a été choisie pour honorer les commerçants, le 13 octobre. Le changement est très rapide et profond dans ce pays. Un auteur considère même que dans une économie libre, si le marché est considéré comme un corps vivant, l'offre et la demande doivent être la squelette de ce corps, le prix comme la chair et la concurrence comme l'âme. NGUYEN Nhu Phat, *Le droit du contrat au Vietnam : Quelques aspects théoriques et pratiques (Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay)*, éd. Police populaire, 2003, p.10.

contrat ne peut être formé », parmi lesquels se trouve « le prix »⁶²⁷. L'exigence de la référence au prix est ensuite rappelée à plusieurs reprises dans les parties régissant les contrats spéciaux, tels que la vente⁶²⁸, la location⁶²⁹, le bail⁶³⁰, le louage⁶³¹. En matière commerciale, les rédacteurs de la loi commerciale de 1997 n'ont fait que rappeler le principe lorsqu'ils ont imposé aux contractants de préciser les éléments essentiels, tels que : « le nom de la marchandise ; la quantité ; la qualité ; le prix ; les modalités de paiement ; le lieu et le délai de livraison »⁶³².

L'accord sur le prix est donc un élément essentiel de la formation du contrat de distribution, à défaut duquel cette convention ne peut être légalement formée. Mais il ne suffit pas qu'un prix soit prévu de manière abstraite. Encore faut-il qu'il soit déterminé ou déterminable, c'est-à-dire qu'il puisse être fixé, au vu des clauses du contrat, par des éléments ne dépendant pas de la volonté de l'une des parties. L'article 401 précité dispose en effet que « les contractants sont libres de débattre des éléments du contrat », dont le prix. Le principe est ensuite clairement énoncé à l'article 424 relatif à la vente : « Le prix est librement débattu par les cocontractants ou fixé par un tiers désigné par eux ». Il s'agit de reproductions presque parfaite des articles 1591 et 1592 du Code civil français. Les contractants peuvent également recourir au prix du marché. Dans cette hypothèse, sa détermination doit être faite « au moment et au lieu du paiement ».

329. Nullité du contrat pour absence de prix. L'annulation doit donc être prononcée chaque fois que le prix n'est pas déterminé ou qu'il est fixé unilatéralement par une partie. La réalité est quelquefois contraire. Dans la pratique, tantôt le juge l'annule, tantôt il le sauve. Ainsi, dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la Cour populaire suprême du 19 juin

⁶²⁷ Voici les termes de l'alinéa 2 dudit article :

« En fonction de chaque type de contrat les parties sont libres de débattre les éléments suivants :

- a) L'objet du contrat qui est un bien à délivrer, une prestation à faire ou à ne pas faire ;
- b) La quantité, qualité ;
- c) Le prix et la modalité de paiement ;
- d) La durée de validité, le lieu et la modalité de l'exécution du contrat ;
- đ) Les droits et obligations des parties ;
- e) Les responsabilités contractuelles.

Outre les éléments essentiels susnommés, les contractants sont libres d'introduire dans leur contrat d'autres stipulations ».

⁶²⁸ Ainsi, l'article 422 du Code civil de 1995 portant sur l'objet du contrat de vente précise dans son alinéa 2 que « Dans le cas où l'objet de la vente est un bien corporel, il faut que la quantité, la qualité et le prix soient déterminés ».

⁶²⁹ Art.s 476 et 478 du Code civil de 1995

⁶³⁰ Art.s 490 et 492 et 493 du Code civil de 1995.

⁶³¹ Art. 521 du Code civil de 1995.

⁶³² Art. 50 de la loi commerciale de 1997.

2002⁶³³, le juge a approuvé la décision d'une cour d'appel qui avait annulé un contrat de vente immobilière pour « absence d'un élément essentiel du contrat qui est le prix » au motif que le contrat ne contenait pas de clause de prix au moment de sa formation, que le prix qui y figurait postérieurement est « le fait d'une seule partie ». Mais, dans une autre espèce, le juge suprême n'a pas annulé le contrat signé le 27 juillet 1996 aux termes duquel M. Tho avait acheté à M. Kiet 61.983 poissons-chat, sans en indiquer le prix. Selon l'acheteur, chaque poisson-chat coûtait 1000 dongs. Selon le vendeur, le prix de chaque poisson était de 2500 dongs. Le Conseil des juges de la Cour suprême a sauvé le contrat en cause en reprochant à la Cour d'appel de ne pas avoir procédé à une expertise afin de déterminer le « prix des poissons-chat au moment de la délivrance »⁶³⁴, alors même qu'aucun texte n'accordait à cette époque au juge un tel pouvoir.

Dans une espèce plus récente, le Tribunal populaire de Hanoi, par un arrêt rendu le 25 février 2005, a validé un contrat de vente de boissons dont ni le débit, ni le prix n'étaient fixés, en retenant que « devant le tribunal les deux parties ont attesté que l'évolution du marché ne leur avait pas permis de fixer dès la signature du contrat la quantité ainsi que le prix, que leur contrat avait été exécuté comme s'il était parfaitement formé : le vendeur a délivré les marchandises, l'acheteur a payé une partie du prix »⁶³⁵. Le Tribunal a alors rejeté la demande d'annulation du contrat pour indétermination du prix formulée par l'acheteur.

330. Exigence neutralisée. Tant les juges du fond que le juge suprême n'ont pas voulu attendre les réformes pour sanctionner les comportements égoïstes. Ils ont neutralisé l'article 401 du Code civil pour sauver les contrats imparfaitement formés pour indétermination de prix. Ils ont jugé malfondée la tentative d'une partie de se libérer du contrat en dépit de son engagement et de l'intérêt de son partenaire. Si cette position est satisfaisante, on ne peut que regretter le manque de clarté des décisions qui l'ont adoptée. Il est dès lors légitime de se demander pourquoi l'application de l'article 401 du Code civil a été écartée⁶³⁶. Pourquoi les juges du fond devaient-ils procéder à l'expertise pour déterminer le prix au moment de la formation du contrat en cause avant de valider ou d'invalider le contrat, alors même que les différentes dispositions du Code civil permettent son annulation ? La recherche des réponses à ces questions a certes perdu son utilité car les nouveaux textes valident les contrats dont le

⁶³³ Cour populaire suprême, 19 juin 2002, arrêt n° 100/GDT-DS.

⁶³⁴ Cour populaire suprême, 25 déc. 2002, arrêt n° 10/HDTP-DS.

⁶³⁵ Tribunal populaire de Hanoi, 25 févr. 2005, arrêt n° 16/KTST.

⁶³⁶ Dans le litige concernant un contrat de distribution.

prix n'est pas déterminé. Mais tout n'est pas au mieux, car une difficulté a été résolue, une autre est apparue : la détermination du prix du marché. Avant d'examiner cette question, il semble opportun de voir comment la question du prix est appréhendée en France.

b) Le prix comme élément essentiel du contrat en droit français

331. Exigence légale. Dans le contrat de vente défini à l'article 1582 du Code civil comme « une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer », le prix doit être clairement déterminé ou déterminable. C'est ce que l'on peut déduire des articles 1129 et 1591 du Code civil. En effet, le premier énonce qu' « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La qualité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Le second dispose que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

332. Application stricte. Considérant que le prix est l'élément essentiel du contrat, les juges français ont interprété pendant une longue période très strictement ces dispositions⁶³⁷. Bon nombre de contrats de franchise ont été annulés pour défaut de prix. Ainsi, la Cour de cassation a décidé le 12 décembre 1989 qu' « il est nécessaire, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée en vertu des clauses du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus ni de l'une ni de l'autre des parties »⁶³⁸. En l'espèce, la société Interrent (franchiseur) avait signé un contrat de franchise d'une durée de cinq ans avec la société Portier auto-matériel (franchisé). Le franchiseur a résilié le contrat de franchise avant son expiration. Le franchisé, quant à lui, lui a opposé la nullité du contrat pour indétermination du montant de la redevance. La Cour d'appel de Riom a fait droit à la demande du franchiseur en retenant que la clause litigieuse faisait dépendre le prix de la volonté d'une des parties et que, dès lors, il n'y a pas de défaut

⁶³⁷ J. M. BERMOND de VAULX, « La détermination du prix dans le contrat de vente », JCP 73. I. 2567 ; J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », D. 1973, Chron. 293.

⁶³⁸ Cass. com., 12 déc. 1989, pourvoi n° 88-17021, Bull. civ. IV, n° 318, p. 214. Dans le même sens : Cass. com., 11 oct. 1978 (trois arrêts), pourvoi n° 77-10155, 77-11485, 77-11624, Bull. civ. IV n°s 223, p. 188, 224, p. 189, 225 ; D. 1979, p.135, note R. HOUIN ; JCP 1979 II 19034, note Y. LOUSSOUARN ; Gaz. Pal. 1979.1.83 ; Cass. com., 5 nov. 1991, pourvoi n° 90-11694, Bull. civ. IV, n° 335, p. 233 ; Cass. com., 1^{er} déc. 1981, pourvoi n° 79-16147, Bull. civ. IV, n° 423. La jurisprudence a même annulé certains contrats de vente lorsque l'indétermination concernait non les éléments principaux du prix mais certains éléments accessoires tels que les frais de déchargement des marchandises vendues ou l'imputabilité de la taxe de la production (CA Paris, 17 juill. 1951, cité par ... J. CALVO, « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre... », LPA, 17 janv. 1996, n° 8, p. 20).

d'accord de volontés sur le prix puisque les parties s'étaient entendues pour que l'une d'elles fixe celui-ci et que la participation financière imposée à la société Portier était « donc bien déterminée ». Cet argument n'a toutefois pas convaincu la Cour de cassation qui a statué qu'« en se déterminant par de tels motifs, après avoir relevé que le montant de la redevance due par cette société dépendait de la seule volonté de la société Interrent, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

333. Isolement. Pas de consentement sur un élément essentiel tel que le prix, point de contrat. Telle était donc la position de la jurisprudence dans la lignée d'une application classique de la théorie de l'autonomie de la volonté en France. Que la nullité pour indétermination du prix se fonde sur l'article 1591 ou qu'elle soit basée sur l'article 1129, elle s'est avérée peu adaptée aux réalités commerciales. Selon la doctrine majoritaire⁶³⁹, la position du droit français en matière de détermination du prix dans les contrats de distribution apparaissait de plus en plus isolée et en opposition avec celle de ses principaux partenaires commerciaux. La mise en œuvre de la nullité du contrat pour indétermination du prix est inconséquente⁶⁴⁰, voire inadaptée à la finalité du droit⁶⁴¹.

⁶³⁹ COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 2^{ème} éd. 1993, n° 146 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », JCP 1994. I. 3800 ; L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993. chron. 25 ; M. -A. FRISON-ROCHE, « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », *LPA*, 8 déc. 1993, p. 14 ; J. GHESTIN, « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », *D.* 1993. chron. 251 ; M. -A. FRISON-ROCHE, « L'indétermination du prix », *RTD civ.*, 1992, p. 269 ; F. LEDUC, « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », *JCP*, 1992, I 3631 ; D. LEGEAIS, « La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu », *JCP E* 1992. I. 135 ; L. LEVENEUR, « Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats cadres de distribution », *Contrats, conc. cons.*, nov. 1992.1 ; J. -L. PIOTRAUT, « Les contrats de distribution et la détermination du prix », *RJ com.* 1992.16 ; D. TALLON, art. préc. ; D. FERRIER, « La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif », *D.* 1991. Chron. 237 ; L. LEVENEUR, « Des contrats cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix : le reflux et ses limites », *Contrats, conc. cons.*, mai 1991.

⁶⁴⁰ La doctrine a critiqué l'inconséquence du juge français parce qu'il se fondait tantôt sur l'article 1591, tantôt sur l'article 1129 du même code pour annuler les contrats dont le prix n'était pas déterminé, d'où l'insécurité juridique. Aussi, alors que les juges invoquaient le premier texte dans les années 1970 (V. Cass. com., 13 mai 1970, pourvoi n° 69-10934, *Bull. civ. IV*, n° 161, p. 144 ; *JCP* 1971 II 16891, note A. SAYAG ; *D.* 1970, p. 701, note J. GUYENOT ; Cass. com., 12 juill. 1966, *Bull. civ. III*, n° 356 ; Cass. com., 21 oct. 1970, pourvoi n° 69-14122, *Bull. civ. IV*, n° 278, p. 243 ; Cass. com., 26 juin 1972, pourvoi n° 71-10591, *Bull. civ. IV*, n° 205, p. 198 ; Cass. com., 15 janv. 1979, pourvoi n° 77-12897, *Bull. civ. IV*, n° 19, p. 16), le second dans les années 1980 (Cass. com., 11 oct. 1978, préc. *D.* 1979, p. 135, note R. HOUIN ; Cass. com., 14 janv. 1980, pourvoi n° 78-10696, *Bull. civ. IV*, n° 16, p. 13 ; Cass. com., 5 oct. 1982, préc. ; Cass. com., 21 mars 1983, pourvoi n° 81-16770, *Bull. civ. IV*, n° 110, p. 93 ; Cass. com., 12 janv. 1988, pourvoi n° 86-12838, *Bull. civ. IV*, n° 31, p. 21), la décennie 1990 a vu l'apparition de deux fondements alternatifs qui ont conféré à l'article 1129 un sens nouveau en le combinant avec la traditionnelle distinction des obligations de faire et de donner (Cass. com., 30 juin 1992, pourvoi n° 90-20991, *Bull.* 1992 IV, n° 258 p. 179 ; *D.* 1992. *Somm.* 391, obs. D. FERRIER). Cette distinction a fait l'objet de critiques sévères de la part de la doctrine qui s'était étonnée du « Surprenant réveil de

2.- L'inadaptation de la détermination *ab initio* du prix aux contrats à exécution successive

334. Double critique. On comprend très bien que tant en France qu'au Vietnam, les législateurs et les juges cherchent à protéger les parties les plus faibles, en l'occurrence les franchisés et les distributeurs. Mais les moyens qu'ils ont mis en place se sont avérés inadéquats. D'une part, la volonté réelle des parties d'aménager leur relation n'a pas été prise en compte. Puisque leur relation peuvent connaître des évolutions dans le temps, il semble nécessaire que le contrat soit incomplet (a). D'autre part, le but de protection de la partie faible a été souvent détourné au service d'une seule partie (b).

a) Une inadaptation à la réalité économique

335. Contrat incomplet. Selon la doctrine, compte tenu de la complexité du contrat de franchise, un contrat complet n'est qu'un mirage⁶⁴². Ainsi, il ne serait pas raisonnable de fixer le prix *ab initio* dans un contrat dont l'exécution s'inscrit dans la durée étant donné que les

l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix) (D. TALLON, *D.* 1992 p. 67), du « Mythe de l'obligation de donner » (M. FABRE-MAGNAN, *RTD civ.*, 1996, p. 85).

⁶⁴¹ L. VOGEL, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995 p. 155. La Convention de Vienne du 11 avr. 1980 sur la vente internationale prévoit, en son article 55, que « si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat, expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ».

Les pays anglo-saxons, quant à eux, recourent au prix raisonnable pour sauver les contrats dont le prix n'est pas déterminé. Ainsi, l'article 8. (2) du *Sale of Goods Act britannique* consolidé en 1979 énonce que « *Where the price is not determined as mentioned in subsection (1) above the buyer must pay a reasonable price* ». L'article 8. (3) spécifie que la détermination de ce prix raisonnable « *is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case* ».

Le § 2-305 du *Uniform Commercial Code* américain relatif au « *Open price* », quant à lui, précise que : (1) *The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time of delivery if (a) nothing is said as to the price ; or (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree ; or (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded* ». Pour une étude comparative détaillée sur la détermination du prix, voir I. CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises », *RIDC*, 1988, p. 767.

⁶⁴² Pour reprendre les termes de SPEIDEL, « *Court imposed price adjustment under long-term supply contracts* », 76 *N.W. U.L. Rev.* 369, 372-375 (1981). L'auteur remarque que « *complete consent is a mirage* ». Dans le même sens : K. MCCORMICK GNUVA, *op.cit.*, p. 52. Selon cet auteur, le contrat de franchise doit régir une relation longue et qui se perpétue dans une économie changeante pour laquelle le franchiseur ne peut pas prévoir tous les critères qu'il doit prendre en compte pour exercer ses droits. Il est donc par nécessité un contrat cadre qui fixe la structure de la relation plutôt que chaque situation possible dans le détail. En d'autres termes, le contrat de franchise est nécessairement incomplet pour permettre aux parties de réagir aux changements et aux nouveaux problèmes

éléments entrant dans la composition de ce prix⁶⁴³ sont très probablement amenés à subir des variations dans le temps⁶⁴⁴. Les fournisseurs en général et les franchiseurs en particulier se trouvaient alors dans une situation délicate : l'évolution du marché ne leur permettait pas de fixer une fois pour toutes le prix dès la formation du contrat, d'une part, il n'existait aucun moyen de prévenir avec certitude le risque de nullité, d'autre part. En omettant la fixation du prix *ab initio* – compte tenu de l'évolution du marché – les franchiseurs couraient le risque de l'action en nullité introduite par leur partenaire franchisé.

b) Une inadaptation à la finalité de la protection

336. But détourné. La doctrine française n'a pas manqué de critiquer cette politique juridique qui s'était soldée par un échec, car elle n'avait pas réussi à assurer une sécurité juridique, mais bien au contraire, alimentait un contentieux abondant⁶⁴⁵. On constate en effet très souvent que l'indétermination du prix n'était en réalité que rarement invoquée pour remettre en cause des prix injustes, mais représentait le plus souvent le moyen pour le distributeur d'échapper à ses obligations de non-concurrence⁶⁴⁶ ou pour éviter l'exécution d'une clause pénale⁶⁴⁷ sans avoir à montrer que l'indétermination initiale du prix avait présenté pour lui le moindre inconvénient. Pire encore, la nullité servait de prétexte à un enrichissement anormal du distributeur par les restitutions consécutives auxquelles elle conduisait⁶⁴⁸. Un auteur a ainsi souligné que « de fait, l'indétermination du prix n'est pas invoquée pour se protéger contre un abus du fournisseur, mais pour obtenir *a posteriori* un avantage étranger aux finalités de l'art. 1129 c. civ. »⁶⁴⁹.

⁶⁴³ Le coût des matières premières et de la main-d'œuvre, les fluctuations monétaires, l'évolution du marché, etc.
⁶⁴⁴ V. J. M. MOUSSERON et A. SEUBE, « A propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.* 1973, Chron. p. 200.

⁶⁴⁵ J. GHESTIN, « Nullité pour indétermination de la chose et du prix du contrat de franchise », *D.* 1993 p. 379 ; L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? » *D.* 1993 p. 25. Du même auteur, « La détermination du prix futur des marchandises ou des services dans les contrats de distribution exclusive », *D.* 1995 p. 122.

⁶⁴⁶ CA Paris, 13 nov. 1984, JCP 1985. II. 20466, note GRISS, cassée par Cass. com., 12 janv. 1988, préc. ; CA Paris, 19 mai 1988, Gaz. Pal. 1988.2.665.

⁶⁴⁷ CA Poitiers, 12 avr. 1989, RG n° 3178/87.

⁶⁴⁸ Que l'on songe à la situation où le prix d'achat des marchandises se trouve abaissé, tandis que celui de leur revente demeure immuable. Le distributeur doit restituer les marchandises pour une valeur qui ne tienne pas compte des bénéfices du fabricant, alors qu'il a acquis les différents avantages tirés de l'appartenance au réseau, tels que l'assistance, l'accès à la clientèle, la publicité commune... Cf. Cass. com., 23 juin 1992, Contrats, conc. cons., nov. 1992, Chron. L. LEVENEUR ; JCP 1992 II 21974, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁶⁴⁹ L. VOGEL, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995 p. 155.

La nullité du contrat pour indétermination du prix a donc indirectement permis à la partie censée faible de satisfaire son intérêt égoïste. Elle pouvait rompre le contrat, alors même que cette rupture ne présentait aucun rapport avec le prix.

337. Exigences de la pratique. En définitive, née de la pratique, la franchise doit répondre aux exigences de la pratique. Or le droit positif dans chaque pays ne permettait pas d'assurer une sécurité juridique en matière de détermination du prix. Il serait opportun de constater que devant les incertitudes du marché les praticiens américains préfèrent partager les risques liés à un marché fluctuant en se réservant une certaine flexibilité quant à la fixation du prix durant la période d'exécution du contrat⁶⁵⁰. Cette souplesse dans la fixation du prix du système anglo-saxon a été accueillie par une partie de la doctrine française. Ainsi, selon M. L. VOGEL⁶⁵¹, le principe de bonne foi visée à l'article 1134 du Code civil oblige l'une des parties à modifier, en cours d'exécution du contrat, un système de prix pourtant librement ou, au moins conventionnellement, fixé à l'origine. La modification du prix est nécessaire dès lors que les circonstances nouvelles rendent très lourde l'obligation souscrite par l'autre et donc très précaire sa situation. Un auteur a considéré même qu'« il existe une nécessaire indétermination dans la fixation du prix, puisque rien ne permet d'affirmer que ce prix fixé *ab initio* continuera à s'appliquer »⁶⁵². La doctrine vietnamienne, quant à elle, ne manquait pas de militer pour « une certaine dose de souplesse pour la clause de prix »⁶⁵³ et à souligner la nécessité de « la révision du prix dans le contrat »⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ I. CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises », RIDC, 4-1988, p. 767.

⁶⁵¹ L. VOGEL, art. préc. ; F. LEDUC, « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », JCP 1992 I 3631 ; L. AYNES, art. préc. p. 122 ; B. FAUVARQUE-COSSON, quant à lui, plaide pour l'admission de la révision judiciaire pour imprévision. Selon cet auteur, la réforme du droit français du contrat consisterait à admettre la révision pour imprévision lorsque l'exécution du contrat risque, en raison de son déséquilibre, d'emporter la ruine de l'un des cocontractants. Cf. « Le changement de circonstances », RDC, 2004, n° 1, p. 67.

⁶⁵² L. AMIEL-COSME, *op.cit.* p. 259.

⁶⁵³ NGUYEN Minh Hang, « Une certaine souplesse pour la clause de prix » (Ký kết hợp đồng : Linh hoạt điều khoản giá), Forum des entreprises, déc. 2009. Du même auteur, *La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit vietnamien de la vente*, th. Tours, 2009, p. 146. L'auteur observe que « l'omission du prix ne suffit pas à anéantir le contrat. {...} Le prix est normalement défini par les parties dans le contrat, et peut être considéré par celles-ci comme fondamental pour parvenir à une convention finale. Mais dans certains contrats dont l'exécution doit s'inscrire dans la durée, il ne serait pas raisonnable d'exiger des parties qu'elles fixent une fois pour toutes le prix des marchandises, dès lors que ce prix sera inéluctablement amené à varier dans le temps ».

⁶⁵⁴ NGUYEN Minh Hang, « La révision du prix » (Điều chỉnh giá trong hợp đồng), Forum des entreprises, déc. 2009.

338. Deux voies. Tout s'opposait alors à la nullité pour indétermination de prix et appelait des changements. Le Vietnam a choisi la voie de la réforme législative en modifiant le code civil et la loi commerciale, alors que la France a opté pour la voie prétorienne. En effet, le législateur vietnamien reste toujours dans la droite ligne de l'autonomie de la volonté des parties : la fixation du prix doit être le fait des parties. L'absence du prix n'affecte toutefois pas la validité du contrat. Le juge français, quant à lui, a abandonné cette théorie : le prix peut être laissé à la discrétion d'une seule partie, pourvu qu'elle n'en abuse pas⁶⁵⁵.

Ces changements importants appliqués aux contrats de franchise permettraient-ils à la fois d'assurer la nécessaire sécurité juridique des relations commerciales et de réagir contre les comportements égoïstes susceptibles de naître des rapports d'exclusivité ?

B. La détermination unilatérale du prix

339. Division. Ainsi qu'il a été dit, pendant une longue période, le problème de la détermination du prix était généralement appréhendé dans les deux pays sous le prisme de l'autonomie de la volonté. Mais face aux évolutions récentes dans le domaine de la distribution, les deux pays se sont engagés dans deux voies divergentes. Aussi, si le pouvoir de fixation discrétionnaire du prix a été reconnu en France (1), il est refusé par le législateur vietnamien qui a opté pour l'objectivisme tout en acceptant les contrats dont le prix n'est pas déterminé (2).

1.- La détermination unilatérale du prix en droit français

340. Revirement. Les revers de la protection du franchisé et l'exigence de l'harmonisation du droit national avec le droit international, notamment en matière de vente⁶⁵⁶, ont conduit la Cour de cassation à changer de position. En effet, par quatre arrêts, rendus le 1^{er} décembre 1995 et publiés au bulletin⁶⁵⁷, la Haute juridiction française a mis un terme à sa politique

⁶⁵⁵ Ce qui serait absurde et contraire à l'esprit de Montesquieu qui énonça que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. Importerait-il donc non pas d'interdire l'abus lui-même, mais de déterminer ses limites ?

⁶⁵⁶ A noter que la Convention de Vienne sur la vente de marchandises, dont la France est membre, accepte l'indétermination du prix. Le système de *common law* dont on connaît l'importance dans les échanges commerciaux mondiaux, accepte les contrats *open price*.

⁶⁵⁷ Cass. plén. 1^{er} déc. 1995, pourvoi n^{os} 91-1557, Bull. AP 1995, n^o 7, p. 13 ; 91-19653, Bull. AP 1995, n^o 8, p. 15 ; 91-15578, Bull. AP 1995, n^o 7, p. 13 ; 93-13688, Bull. AP 1995, n^o 9, p. 16. Les décisions de l'Assemblée plénière étaient tant attendues aussi bien par la doctrine que par les agents économiques et les juges du fond. Cf :

d'annulation des contrats-cadre dépourvus de prix (a). Une nouvelle ère s'est ouverte⁶⁵⁸, celle du contrôle de l'abus dans la détermination du prix (b), ce qui n'est pas sans poser de nouvelles difficultés quant au contrôle de l'abus.

a) La reconnaissance de la fixation unilatérale du prix

341. La reconnaissance du prix catalogue. Le premier arrêt concerne un contrat de franchise à durée déterminée de cinq ans, aux termes duquel le franchisé s'était engagé à utiliser exclusivement les produits vendus par le franchiseur. Selon l'article 5 dudit contrat, il était prévu que « les produits seront vendus au tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande, ce tarif étant celui du prix catalogue appliqué à l'ensemble des franchisés ». Mécontent de la fixation unilatérale du prix par le franchiseur, le franchisé a formé une demande en annulation du contrat. Il a argumenté qu'en fait aucun catalogue de prix n'a jamais existé, le franchiseur lui adressant en début d'année un barème de prix établi par lui et valable pour la durée de l'année à venir et que la détermination du prix des produits dont l'achat était imposé au franchisé était laissée à la seule discrétion du franchiseur. La Cour d'appel de Chambéry a fait droit à sa demande en annulant le contrat de franchise au motif que la détermination du prix était à la discrétion du franchiseur. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a toutefois cassé cet arrêt au double visa des articles 1134 et 1135 du Code civil. Elle a posé dans un attendu de principe que « la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir

D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », LPA, 1995, n° 155, p. 11 ; J. CALVO, « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre... », LPA, 17 janv. 1996, n° 8, p. 20 ; L. LEVENEUR, « L'indétermination du prix dans les contrats : portée d'un revirement de jurisprudence », JCP E n° 5, 1^{er} févr. 1996, 776 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », RJDA 1996, p. 3 ; M. JEOL, « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », RTD com. 1997, p. 1 ; A. LAUDE, « La détermination du prix dans les contrats de distribution », D. affaires 1996, chron. p. 3 ; D. FERRIER, « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », RTD com. 1997 p. 49 ; C. JAMIN, « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », RTD com. 1997 p. 19 ; D. MAINGUY, « Bref retour sur l'indétermination du prix », Cah. dr. entr. 1998, p. 24 ; T. REVET, « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », RTD com. 1997, p. 37 ; A. BRUNET et A. GHOZI, « La fonction du prix en droit de la concurrence », Mél. C. MOULY, Litec, 1998, p. 27 ; N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », LPA, 5 mai 2000 n° 90, p. 41 ; C. BOURGEON, « L'indétermination du prix : les apports économiques », RTD com. 1997, p. 7 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », D. 2006 p. 2629.

⁶⁵⁸ A. ARSAC-RIBEYROLLES, « L'abus à la baisse dans la fixation du prix », LPA, 27 janv. 2006, n° 20, p. 10.

n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »⁶⁵⁹.

342. L'inapplicabilité de l'article 1129 du Code civil. Dans les autres espèces qui concernaient les contrats d'installation téléphonique, la Haute juridiction a posé le principe que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »⁶⁶⁰ et que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix⁶⁶¹.

343. Carcan levé. La Cour de cassation a ainsi reconnu la validité des contrats de distribution, tels que la franchise, dont le prix n'est pas déterminé tout en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire d'une partie de fixer le prix des ventes subséquentes. Le carcan de la nullité pour indétermination du prix dans le contrat cadre fût alors levé⁶⁶² pour laisser place au contrôle des abus qui ouvre droit à la résiliation ou à l'indemnisation. La Cour de cassation a ensuite confirmé sa position dans le domaine de la franchise⁶⁶³, ainsi que dans le domaine de la fourniture de matériel informatique⁶⁶⁴. Désormais, la tâche des juges du fond devient plus compliquée : il est sans doute beaucoup plus difficile de se demander si un prix est abusif, que de se demander si un prix est déterminé. De plus, ils ne doivent pas s'en tenir aux seuls termes de l'accord tels qu'ils sont fixés lors de sa formation, mais surtout à la façon dont celui-ci s'exécute. Autrement dit, à une observation des termes du contrat doit s'ajouter une analyse du comportement de celui qui est en mesure de déterminer le prix⁶⁶⁵. De l'objectivisme on passe alors au subjectivisme consistant à rechercher la psychologie du franchiseur.

⁶⁵⁹ Pourvoi n° 91-19653.

⁶⁶⁰ Pourvoi n° 91-15578.

⁶⁶¹ Pourvoi n° 93-13688.

⁶⁶² M.-A. FRISON-ROCHE, « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », RJDA 1996, p. 3.

⁶⁶³ Cass. com., 23 févr. 1999, pourvoi n° 96-22784, inédit ; Dr. et patr. n° 73, p. 89, obs. P. CHAUVEL. La Cour a statué que « la clause d'un contrat de franchisage, stipulant que les marchandises livrées au franchisé seraient facturées au prix de marché, n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». Dans le même sens : Cass. com., 26 mars 1996, Contrats, conc. cons., 1996, n° 136, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 21 janv. 1997, pourvoi n° 94-22034 ; D. 1997, p. 414, note C. JAMIN.

⁶⁶⁴ Cass. com., 10 févr. 1998, RTD civ., 1998, p. 365, obs. J. MESTRE ; Contrats, conc. cons., 1999, n° 68, note L. LEVENEUR.

⁶⁶⁵ C. JAMIN, « Esquisse d'un critère de l'abus en matière de détermination du prix », D. 1997, p. 414.

b) Le contrôle de l'abus dans la fixation du prix

344. Tarissement. Il est intéressant de constater « un tarissement du contentieux sur le prix abusif déjà singulièrement réduit depuis 1995 »⁶⁶⁶. Le contrôle des abus dans la fixation du prix a-t-il enfin mis un terme à l'insécurité juridique, ou bien sa mise en application est tellement difficile qu'il décourage les victimes ? Plus de quinze ans après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, les critères permettant l'appréciation de l'abus dans la fixation du prix n'ont toujours pas été précisément établis. La caractérisation de l'abus par la doctrine s'avère par contre intéressante. Avant d'envisager des remèdes (ii), il conviendrait d'examiner la question de la preuve (i).

i) L'alourdissement de la charge de preuve

345. Charge de preuve de l'abus. « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Tel est le principe de la preuve des obligations et celle du paiement établi par l'article 1315 du Code civil français. Quand le franchisé qui se croyait victime de l'égoïsme de son franchiseur agissait en nullité, il lui appartenait de prouver que la clause du prix ne répondait pas aux exigences de l'article 1129 ou de l'article 1591 du Code civil. Mais depuis le nouvel ordre établi par les quatre arrêts de 1995, le franchisé doit prouver l'abus dans la fixation du prix, ce qui est plus compliqué, d'autant que les critères permettant la caractérisation de l'abus ne sont pas bien établis par la jurisprudence.

346. Caractérisation de l'abus. Il n'y a pas d'abus lorsque le franchiseur a fait jouer la concurrence et a laissé au franchisé la liberté de négocier le prix selon la loi du marché. La Cour de cassation l'a décidé dans un arrêt rendu le 21 janvier 1997. En l'espèce, un franchiseur avait conclu le 10 février 1990, pour une durée de cinq ans, un contrat avec un franchisé lui concédant l'usage exclusif d'une enseigne moyennant une redevance initiale financée par le franchisé à l'aide d'un emprunt. Le 8 octobre 1991, le franchisé a assigné le franchiseur en nullité du contrat pour absence de cause et indétermination du prix des marchandises achetées par lui en exécution d'une clause d'approvisionnement exclusif. La

⁶⁶⁶ D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005, p. 1828.

Cour d'appel de Paris⁶⁶⁷ l'a débouté de sa demande. Insatisfait, le franchisé a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Celle-ci l'a rejeté au motif que « la clause d'approvisionnement exclusif litigieuse concernait une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats, ainsi qu'un catalogue des produits et un tarif de vente indicatif ». En outre, le franchiseur a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur. Il en résulte, selon la Cour, que le franchiseur « n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif »⁶⁶⁸.

S'il est vrai que les conséquences attachées à l'indétermination du prix favorisaient les franchisés, la complexité de la mise en application du contrôle de l'abus et l'alourdissement de la charge de la preuve pourrait décourager les victimes et devenir un terrain propice pour les comportements opportunistes des franchiseurs. Deux arrêts de la Cour de cassation semblent confirmer ce propos.

347. Comportement opportuniste. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 juin 2006, n'a pas accueilli la demande de dommages-intérêts d'une prétendue victime de la pratique abusive du prix au motif que celle-ci n'était pas dépendante de son cocontractant. En l'espèce, un particulier avait loué, pour une durée indéterminée, des chambres fortes auprès d'une banque. Une clause du contrat stipulait que le loyer serait périodiquement et unilatéralement révisé par la banque. Après presque dix ans d'exécution paisible, un litige survint en raison d'une révision unilatérale à la hausse de 150% du montant du loyer. Le particulier a alors assigné sa banque en réparation des dommages pour abus dans la fixation du prix.

La Cour d'appel de Paris a donné une suite favorable à cette demande en statuant que « l'augmentation pratiquée est une anomalie manifeste apparente que la banque n'a justifiée ni au regard de l'évolution des charges qui sont restées les mêmes, ni au regard de la prise en compte des surfaces respectives des chambres qualifiées d'équivalentes ». Selon les juges parisiens, le bailleur a manqué à son obligation de bonne foi qui implique que « chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ CA Paris, 15 sept. 1994.

⁶⁶⁸ Cass. com., 21 janv. 1997, inédit. ; *D.* 1997, p. 414, note C. JAMIN.

⁶⁶⁹ CA Paris, 24 oct. 2000. *D.* 2001, p. 3236, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2002, p. 641, obs. D.-R. MARTIN.

Malheureusement la décision de la Cour d'appel de Paris a été censurée par la Cour de cassation sous le double visa des articles 1134 et 1135 du Code civil. Cette dernière a retenu que la banque « était libre de fixer les prix qu'elle entendait pratiquer ». De plus, le particulier « bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence ». La Cour en a conclu que le particulier n'avait pas été contraint de se soumettre aux conditions de la banque en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre⁶⁷⁰.

Il ne serait pas souhaitable d'étendre cette solution aux contrats de franchise. S'il est vrai que dans une telle situation le franchisé est libre d'accepter ou de refuser l'augmentation du prix et qu'il peut résilier le contrat, ces droits sont cependant virtuels. Le franchisé est devant un dilemme. Soit il accepte le prix augmenté et il risque de déposer son bilan car l'augmentation du prix est trop importante. Soit il demande la résiliation du contrat sans avoir rentabilisé ses investissements. La Cour de cassation aurait dû demander à l'auteur de la fixation unilatérale du prix de justifier cette augmentation importante et brutale pour donner une solution plus satisfaisante. Par cette décision, la Cour risque de favoriser la rupture des relations qui devraient au contraire être amenées à durer dans le temps.

348. Découragement. Un arrêt rendu le 11 décembre 2007 par la Cour d'appel de Toulouse laisse à penser que le contrôle de l'abus décourage les victimes. En l'espèce, un contrat de franchise a été signé en 1998 aux termes duquel le franchiseur devait approvisionner le franchisé d'un pourcentage de 75% des fleurs que ce dernier devait revendre exclusivement sous la marque, l'enseigne et avec les techniques « Le jardin des fleurs » dans un magasin situé à Istres. Mécontent de l'augmentation brutale des prix de vente et de l'ouverture par son franchiseur d'un site Internet marchand sous l'enseigne « Le jardin des fleurs », le franchisé a assigné son franchiseur en résiliation du contrat et en réparation du préjudice causé devant le tribunal de commerce de Bordeaux reprochant à ce dernier d'avoir violé l'engagement d'exclusivité territoriale et pratiqué abusivement la fixation unilatérale des prix de ventes⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Cass. com, 30 juin 2004, pourvoi n° 01-00475, Bull. I n° 190, p. 157.

⁶⁷¹ En effet, le franchisé a reproché à son franchiseur de pratiquer des prix qui « n'ont cessé d'évoluer à la hausse ; {...} que les prix pratiqués étaient abusifs et ne correspondaient en rien à la réalité du marché ; qu'ils étaient très supérieurs à ceux des professionnels du secteur de telle sorte que la société ECO FLOR n'était plus en mesure de faire face à la concurrence ; que la société FLORA PARTNER majorait de près de 40 % ses factures d'acquisition au cadran hollandais sur lequel elle se fournissait et ce alors même qu'un seul intermédiaire intervenait dans l'opération ; que la marge qu'elle pratiquait était de plus de 30 %, soit plus de trois fois supérieure à celle qu'elle prétendait percevoir et près de trois fois supérieure à celle qui est usuellement pratiquée par n'importe quel intermédiaire dans ce secteur d'activité ».

Le 13 juillet 2001 ce dernier lui a donné satisfaction. Le jugement a été ensuite confirmé en toutes ses dispositions par un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux⁶⁷².

Après un long feuilleton judiciaire, la Cour d'appel de Toulouse⁶⁷³, statuant sur renvoi après cassation, a fait droit au franchiseur au motif que les prix d'achat des marchandises « sont soumis à des variations dues au cours des marchés locaux, régionaux, nationaux ou internationaux » et qu'ils « peuvent être différents pour des lots identiques au cours d'un même marché en fonction de la provenance, du producteur, de la qualité, du stade d'épanouissement du produit et des prix de début et fin de marché ». Toujours selon la Cour, « seule une comparaison de prix portant sur un même produit, de même qualité, vendu en même quantité à un instant T pourrait permettre de corroborer les accusations des intimés ». Un calcul avec tant de paramètres et de variables n'est pas chose facile, sinon impossible pour le franchisé. Celui-ci a en fait essayé de retrouver un prix du marché et cherché à convaincre, en vain, les juges toulousains qui lui ont reproché d'avoir fourni « un document des plus laconiques élaboré par le fournisseur MG FLEURS, concernant les cours de moins de 15 produits et ne donnant aucune précision sur la qualité, la quantité, la taille... ».

On peut souhaiter au contraire que tout comme le débiteur d'une obligation d'information est tenu d'établir qu'il a informé correctement le créancier⁶⁷⁴, le débiteur de l'obligation de prix soit tenu d'établir qu'il a déterminé un prix non abusif⁶⁷⁵. Une partie importante de la doctrine française milite pour une telle solution.

349. Diversité doctrinale. Plusieurs thèses ont été avancées : la bonne foi, le profit illégitime, le comportement déloyal du fournisseur, l'état de dépendance du débiteur du prix à l'égard de son partenaire, la différence excessive entre le prix exigé et le prix du marché, l'intérêt commun des parties et leurs relations de partenariat, le contrôle des comportements opportunistes. Il paraît opportun d'en étudier succinctement quelques unes.

350. La thèse de l'intérêt commun. La doctrine de l'intérêt commun se réfère plutôt à la procédure de fixation du prix qu'au prix lui-même. Ainsi, MM. BUREAU et MOLFESSIS

⁶⁷² CA Bordeaux, ch. 02, 26 févr. 2003, Juris-Data 2003-217893.

⁶⁷³ CA Toulouse, ch. 02, 11 déc. 2007, n° 06/02400.

⁶⁷⁴ Cass. civ., 25 févr. 1997, pourvoi n° 94-19685, Bull. civ. I, n° 75, p. 49 ; Cass. civ., 29 avr. 1997, pourvoi n° 94-21217 Bull. civ. I, n° 132, p. 88.

⁶⁷⁵ En ce sens : A. BRUNET et A. GHOZI, art préc.

soulignent que « l'abus consistera sans doute dans la fixation inéquitable d'un prix par le contractant en mesure de le déterminer, forme d'arbitraire qui se manifestera toutes les fois que le contractant choisira de fixer le prix uniquement en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de son partenaire »⁶⁷⁶. Selon les auteurs, l'abus dans la fixation du prix rompt la communauté d'intérêts qui unit les parties et qui doit présider à leur relation, rupture appréciée à partir de données dépassant le seul contrat, au premier rang desquelles se trouvent celles du marché. Aussi, « ce n'est donc pas l'intention de nuire qui caractérise l'abus, car le contractant qui fixe le prix pensera à lui, avant de souhaiter porter un préjudice à son contractant. C'est son égoïsme qui peut lui être reproché, dès lors que le prix qu'il fixera ne sera pris en considération que de ses seuls intérêts »⁶⁷⁷.

Se rejoignant à la doctrine favorable à la qualification de la franchise comme un contrat d'intérêt commun, M. JAMIN s'interroge quant à lui : « ne pourrait-on pas estimer que l'une des parties abuse du droit qui lui est reconnu de fixer unilatéralement le prix, lorsqu'elle se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre ? Or quelle est cette part de profit, si ce n'est au moins celle qui lui permet de continuer à exploiter son affaire ? »⁶⁷⁸. Selon l'auteur, ce critère correspond le mieux à l'esprit de la théorie juridique de l'abus car le but commun où se retrouvent les parties est la création et le développement d'une clientèle grâce à leur étroit concours dans la réalisation du contrat, ce que le fournisseur ne permet pas ou plus s'il pratique des prix tels qu'ils finissent par annihiler la rentabilité de l'affaire de son partenaire. Et l'auteur conclut que « l'abus est de manière générale constitué dès l'instant où le comportement du maître du réseau porte atteinte à la rentabilité que peut raisonnablement attendre le distributeur de l'exécution du contrat »⁶⁷⁹.

351. La thèse de la proportionnalité à l'objectif commun considère quant à elle qu'« une fixation du prix disproportionnée par rapport à cet objectif commun (qui est le développement de la clientèle grâce aux actions conjuguées), trompe en effet l'attente légitime du

⁶⁷⁶ D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », LPA, 1995, n° 155, p. 11.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ C. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP 1996, I. 3959. Dans le même sens : M.-A. FRISON-ROCHE, C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001, n° 140 ; T. REVET, « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », RTD com. 1997, p. 37.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

contractant »⁶⁸⁰. Les partisans de cette thèse considèrent que le fournisseur qui a exigé du distributeur de faire des investissements en vue du développement d'une clientèle commune, doit en tenir compte pour éviter d'augmenter au même moment le prix, sauf si cela s'avère nécessaire en raison de facteurs extérieurs. Cela ne signifie toutefois pas que le fournisseur doive uniquement tenir compte de la rentabilité des investissements du distributeur et lui garantir le remboursement de ses emprunts. Ce qui sera sanctionné, selon les auteurs, c'est une disproportion par rapport à un objectif commun et non par rapport à un objectif de protection *a priori* du distributeur⁶⁸¹. L'exigence de la proportionnalité dans la fixation du prix vient ici au soutien du respect de l'équilibre voulu par les parties, qu'elle pérennise, tout au long du contrat.

352. La thèse de l'intérêt commun est la plus intéressante. Il semble nécessaire de la mettre dans le contexte de l'interdépendance des cocontractants. En effet, dans un contrat dont l'exécution s'inscrit dans le temps et qui est caractérisé fortement par une collaboration étroite en vue d'exploiter et de fidéliser une clientèle commune, la prise en considération de l'intérêt du partenaire s'impose de fait. Cette conception assure une sécurité, une pérennité de la relation, parce que chaque partie n'est qu'une maille d'un réseau. Dans cette perspective, la détermination discrétionnaire du prix par le franchiseur n'est légitime que s'il respecte la finalité du réseau en vue de laquelle ces droits lui ont été accordés. Il convient maintenant d'envisager les remèdes en cas d'abus dans la fixation du prix.

ii) Les remèdes

353. Principe. Il est nécessaire de rappeler que l'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à la résiliation du contrat ou à une indemnisation⁶⁸². La Cour de cassation a employé l'injonction « ou » et non « et » ni « et/ou », ce qui paraît pourtant plus approprié. L'emploi de l'injonction « ou », qui indique une alternative⁶⁸³, laisserait à penser que si l'abus est suffisamment grave, la résiliation sera obtenue, dans le cas contraire, il ne donnera lieu qu'à une indemnisation, mais jamais les deux en même temps. Quoi qu'il en soit, rien n'empêche

⁶⁸⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² Ce principe est rappelé dans les quatre arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} déc. 1995.

⁶⁸³ Dictionnaire Larousse 1979.

que le franchisé demande les deux sanctions sur le fondement de l'article 1184 du Code civil qui énonce que « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

354. Résiliation. Le but recherché par la Cour de cassation est d'éviter l'effet rétroactif de la nullité. Mais toute médaille a son revers. La question est de savoir quel sera l'effet de cette résiliation sur certaines obligations post-contractuelles, telles que la clause de non-concurrence et la clause d'indemnisation. Le franchiseur ne peut obliger son franchisé à exécuter une obligation née d'un contrat auquel il a été mis fin à son tort exclusif. L'article 1184 précité ne permet pas de demander à la fois la résolution du contrat et son exécution forcée. La jurisprudence est d'ailleurs ferme sur ce point⁶⁸⁴. Quant à l'indemnisation, la doctrine n'a pas manqué de relever les difficultés de son appréciation.

355. Indemnisation. Les tribunaux sont confrontés à deux difficultés redoutables. Il s'agit de déterminer d'une part le point de départ de l'effet de la résiliation et d'autre part le montant de l'indemnisation. L'enjeu relatif au moment auquel intervient la résiliation effective du contrat dont l'exécution s'inscrit dans le temps est énorme⁶⁸⁵. La doctrine est partagée⁶⁸⁶. La

⁶⁸⁴ Ainsi, dans un arrêt de principe, la Cour de cassation a statué que « M. Y... ne pouvait prétendre qu'à l'allocation de dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non pas obtenir l'interdiction d'exercice de sa profession par Mme X... ». Cf. Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1989, pourvoi n° 87-11473, Bull. 1989 I n° 365 p. 245. L'arrêt a fait l'objet d'un débat doctrinal important : *D.* 1990, p. 335, note Y. SERRA ; *RTD civ.*, 1990, p. 474, obs. J. MESTRE ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefèbre, 3^{ème} éd. 2005, p. 558 ; Y. SERRA, « La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile », *D.* 1991, n° 358 ; G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. Montpellier I, 2001, p. 170. Cet auteur considère que « la résolution, comme la nullité, anéantissant rétroactivement l'objet même du contrat, cette clause de non-concurrence ne se justifie plus et son maintien n'est donc en aucun cas envisageable. Sauf peut-être dans une hypothèse où les juges pourraient décider du maintien de cette clause à titre de sanction du comportement fautif du débiteur de cette clause ayant entraîné la résolution du contrat ». Voir toutefois F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd. 1993, n° 633, qui se prononcent en faveur du maintien de la clause de non-rétablissement, parce qu'elle est relative « à la cessation du contrat ». Monsieur CHENU considère, quant à lui, que la clause de non-concurrence, qu'elle soit stipulée dans un contrat commercial ou dans un contrat de travail, possède une autonomie et doit être applicable nonobstant l'annulation du contrat dans lequel elle s'insère. Cf. *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010, n° 333.

⁶⁸⁵ E. GARDOUNIS, *La détermination du prix dans le contrat. Etude comparée entre le droit français et le droit hellénique*, pré. C. JAMIN, Bruylant, 2007, n° 818 ; C. JAMIN, « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19.

⁶⁸⁶ A citer par exemple C. JAMIN (art. préc.) qui considère que le moment où l'une des parties ne remplit pas ses obligations paraît comme un point de départ moins mauvais, or, cette solution, selon M. MAINGUY, implique une certaine rétroactivité susceptible de faire réapparaître la menace des effets pervers de la nullité. Cf. D. MAINGUY, « Bref retour sur l'indétermination du prix », *Cah. dr. entr.* 1998, p. 24.

première chambre et la troisième chambre civiles de la Cour de cassation se sont prononcées différemment sur ce point. Ainsi, selon la troisième chambre⁶⁸⁷, c'est le jour du prononcé de la résiliation qu'il faut prendre en considération. La première chambre⁶⁸⁸, quant à elle, considère qu'il faut remonter au jour de la commission de l'abus. Quant au montant de l'indemnisation, il doit permettre de couvrir l'injustice passée en rétablissant un certain équilibre⁶⁸⁹ au moyen de l'allocation de dommages-intérêts. Le juge est ainsi amené à déterminer la différence entre le prix abusif et le prix qui aurait été conforme à l'objectif contractuel. Selon Madame BEHAR-TOUCHAIS et Monsieur VIRASSAMY⁶⁹⁰, à supposer que le juge arrive à remonter jusqu'au moment du premier prix abusif, tout n'est pas réglé, car entre le jour de ce premier prix abusif et le jour où le juge statuera, le distributeur va devoir accepter le prix abusif qui lui est imposé pour continuer son activité. Or, ces ventes successives ainsi conclues ne seront pas remises en cause, compte tenu de ce que le prix des marchandises aurait été accepté par le distributeur. Les auteurs concluent alors qu'« il faut tout au moins indemniser le distributeur pour le prix abusif qu'il a dû accepter pour ne pas déposer son bilan pendant la procédure ou pour ne pas lui-même méconnaître son obligation d'approvisionnement en rompant le contrat avant la décision du juge »⁶⁹¹.

356. Minoration du prix. Une autre question qui se pose concerne la baisse du prix. Le prix des produits, s'il est vrai qu'il a tendance à augmenter, ce qui conduit à une majoration du prix de vente par le franchiseur, peut très bien baisser. Cette baisse du coût de revient⁶⁹² ou du prix de marché en fonction de l'offre et de la demande conduit-elle nécessairement à la minoration du prix par le franchiseur ? Le franchiseur commet-il un abus s'il maintient le prix vendu au franchisé dès lors que ce prix baisse de façon importante ? S'il est vrai que le maintien du prix ne cause pas de perte immédiate au franchisé, celui-ci deviendra toutefois moins concurrentiel par rapport aux distributeurs sur le marché des mêmes marchandises qui ont la possibilité de débattre le prix avec leurs fournisseurs. La solution de la Cour de

⁶⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ., 30 nov. 1984, Bull. civ. III, 1984, n° 193, p. 150

⁶⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, pourvoi n° 93-21728, Bull. civ. I, 1996, n° 118, p. 84.

⁶⁸⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd. Dalloz 2009, p. 310. Ces auteurs observent que « la voie ouverte au juge par cette jurisprudence est étroite. S'il se montre trop timide dans l'admission de l'abus, cela se traduira par un important déficit de protection pour le contractant dont l'obligation peut être unilatéralement déterminée par l'autre partie. S'il se montre trop actif, ses interventions intempestives risquent d'altérer gravement la sécurité juridique ».

⁶⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Si le franchiseur est un fabricant.

cassation du 1^{er} décembre 1995 est « à sens unique », ne profitant qu'au franchiseur⁶⁹³. Il semble qu'il ne s'agit pas ici d'un abus dans la fixation du prix mais plutôt d'un comportement égoïste du franchiseur qui devrait être sanctionné compte tenu de l'intérêt commun et de l'interdépendance des parties au réseau.

357. En définitive, tout comme pour l'exclusivité d'approvisionnement exclusif, le franchiseur français a un pouvoir discrétionnaire dans la détermination du prix des marchandises soumises à exclusivité. La jurisprudence française a en effet levé le carcan de la nullité du contrat cadre de franchise pour indétermination du prix. Dans un louable souci de protéger la partie la plus faible, en l'occurrence le franchisé, la Cour de cassation a établi le contrôle de l'abus. Force est toutefois de constater que ce contrôle est, comme la doctrine l'a remarqué, « difficile à cerner, coûteux à mettre en œuvre et aux effets incertains »⁶⁹⁴. Par le renversement de la charge de la preuve en défaveur de la victime de l'abus, la Cour de cassation n'a-t-elle pas levé le carcan qui pesait hier sur la partie la plus forte pour le remettre aujourd'hui à la partie la plus faible ? On verra que le législateur vietnamien maintient l'autonomie contractuelle, mais le prix du marché qu'il prévoit pour les contrats dépourvus de prix ne constitue pas une solution satisfaisante.

2.- Les contrats dépourvus de prix en droit vietnamien

358. Une réforme à deux rythmes. Dans le cadre de l'adhésion du Vietnam à l'OMC, le législateur vietnamien a été amené à modifier son arsenal juridique, notamment en matière commerciale. Les contrats dépourvus de prix ont été acceptés (a). La fixation unilatérale du prix est toutefois toujours refusée par le législateur qui a confié au juge la mission de le déterminer sur la base du prix du marché en cas de litige (b).

⁶⁹³ La solution donnée par l'arrêt Huard ne serait pas applicable à cette hypothèse car il concerne le refus par le fournisseur de s'adapter à des circonstances mal appréciées au départ. En l'espèce, M. Huard avait conclu un contrat avec une compagnie pétrolière pour devenir distributeur agréé de cette compagnie. Mécontent du refus par son fournisseur de lui donner des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, le distributeur l'a assigné en paiement de dommages et intérêts. Les juges du fond (CA Paris, 31 mai 1990), ainsi que le juge suprême ont fait droit à sa demande en soulignant que « le « prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires ». La Haute Cour a encore retenu qu' « en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Cf. Cass. com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18547, Bull. civ. IV, n° 338, p. 241 ; RTD civ., 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; JCP 1993. II. 22164, note VIRASSAMY ; B. DEFFAINS, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD civ., 2010, p. 719.

⁶⁹⁴ C. JAMIN, art. préc.

a) La reconnaissance des contrats « prix ouvert »

359. Le prix comme élément non essentiel du contrat. Les rédacteurs du nouveau Code civil et de la loi commerciale de 2005 ont opéré deux changements importants en matière de contrat en général et de contrat de vente en particulier. D'une part, ils ont abrogé l'article 401 de l'ancien Code de 1995 relatif au « contenu principal » du contrat⁶⁹⁵. Il est désormais établi qu'un contrat ne peut être frappé de nullité que s'il est contraire à l'article 122 du nouveau code civil qui dispose que « les parties à l'acte jouissent de la capacité d'exercice en matière civile » et que « le but et le contenu de l'acte ne doivent ni violer les interdictions légales ni être contraires à la morale sociale [...] »⁶⁹⁶. D'autre part, le législateur a sauvé les contrats dépourvus de prix en prévoyant à l'article 52 de la loi commerciale que « si la vente est valablement conclue⁶⁹⁷ sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat de façon expresse ou implicite ou par une stipulation permettant de le déterminer, les parties sont réputées s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué, au moment de la conclusion du contrat, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables [...] ».

360. Rapprochement. Le législateur vietnamien n'impose donc plus aux parties de fixer le prix, ni dans le contrat cadre, ni dans le contrat de vente d'application. La solution vietnamienne est en phase avec la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale⁶⁹⁸ qui prévoit dans son article 55 que « si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises ait été fixé dans le contrat, expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la

⁶⁹⁵ Il serait opportun de rappeler que cet article considérait le prix comme un élément sans lequel la formation du contrat ne pouvait être parfaite.

⁶⁹⁶ Les conditions de mise en œuvre de cet articles sont précisées ensuite aux articles 128 (nullité en raison de la violation d'une interdiction légale ou d'une atteinte portée à la morale sociale), 129 (nullité pour simulation), 130 (nullité pour avoir été conclu ou exécuté par un mineur, une personne privée de la capacité d'exercice ou dont la capacité d'exercice est limitée), 131 (nullité en raison d'une erreur), 132 (nullité en raison d'un dol ou d'une violence), 133 (nullité pour avoir été contracté par une personne qui n'avait plus la conscience de ses actes), 134 (nullité en raison de l'inobservation de conditions de forme).

⁶⁹⁷ C'est-à-dire si elle satisfait toutes les conditions prévues à l'article 122 du nouveau code civil déjà cité.

⁶⁹⁸ Etant signée à Vienne le 11 avril 1980, la convention est souvent appelée Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises. Le Vietnam n'est toujours pas membre de cette convention, tandis que la France est parmi les pays créateurs de ce texte. DUONG Anh Son, « Les dispositions sur l'offre et sur l'acceptation dans le Code civil 2005- point de vue comparatiste » (Các quy định của Bộ luật dân sự 2005 về chào hàng và chấp nhận chào hàng- nhìn từ góc độ luật học so sánh), Rev. Science juridique, n° 6, 2006, p.36 et s.

conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ». Elle est également en phase avec les systèmes anglo-saxons qui favorisent les contrats « *open price* »⁶⁹⁹.

361. Objectivisme. Le législateur vietnamien cherche à ce que le prix soit déterminé de la façon la plus objective possible, en fonction des indices du marché. Dire qu'il faut appliquer « le prix habituellement pratiqué, au moment de la conclusion du contrat, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables » n'est qu'une autre façon de se référer au « prix du marché » déjà prévu à l'article 431 du nouveau code civil. Le législateur vietnamien a refusé le recours au prix raisonnable des systèmes anglo-saxons⁷⁰⁰ parce que la rationalité relevant de l'appréciation subjective du juge pourrait être différente d'un juge à l'autre, d'un cas d'espèce à l'autre, d'où l'insécurité juridique. Par ailleurs, il serait plus facile de dire quel sera un prix manifestement excessif que de se prononcer sur un prix juste. Mais une telle solution qui se veut objective n'est pas sans faire surgir des problèmes aussi difficiles à résoudre les uns que les autres dans la pratique.

En premier lieu, la difficulté provient de la notion même de « prix du marché ». Ni le Code civil qui emploie pourtant expressément la notion, ni l'ordonnance sur le prix⁷⁰¹, ni la loi commerciale de 2005, ni la loi relative à la concurrence de 2004 ne définissent ce qui peut être un « prix du marché ». Il semble naturel de penser que le « prix du marché » dans une économie libérale est le prix qui résulte du jeu de l'offre et de la demande. Il doit donc être fixé sur la base de la moyenne des prix pratiqués dans l'ensemble des contrats conclus sur un marché déterminé. Une telle appréciation exige un travail important et est d'autant plus difficile qu'elle demande des statistiques fiables, ce qui n'est pas toujours évident au Vietnam. A cette difficulté s'ajoute le problème de l'appréciation de la valeur ajoutée de la propriété intellectuelle. Ne serait-il pas illégitime de ne pas tenir compte du fait que certains

⁶⁹⁹ F. ADAMI, « Les contrats « open priced » dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », RDAI, n° 2, 1989, p. 103 et s.

⁷⁰⁰ En effet, la section 9 (1) du Sale of Goods Act britannique consolidé en 1979 précise que « *Where there is an agreement to sell goods on the terms that the price is to be fixed by the valuation of a third party, and he cannot or he does not make the valuation, the agreement is avoided; but that if the goods or any part of them have been delivered to and appropriated by the buyer he must pay a reasonable price for them* ». Cette solution est toujours dans la lignée d'une application classique consistant dans le fait que l'existence du prix est une condition de validité du contrat, mais elle a pour avantage d'éviter l'effet rétroactif de l'anéantissement du contrat tout en permettant à l'acheteur de payer un prix raisonnable.

⁷⁰¹ Ordonnance n° 40/2002/PL-UBTVQH10 datée du 26 avril 2002. Plusieurs textes ont été ensuite promulgués visant l'application de cette ordonnance. Les plus importants sont : L'arrêté n° 170/2003/ND-CP du 25 déc. 2003 portant application de l'ordonnance 40, modifié et amendé par l'arrêté n°75/2008/ND-CP du 9 juin 2008 ; la circulaire n°104/2008/TT-BTC modifiée et amendée par la circulaire 122/2010/TT-BTC modifiant le premier. Aucun de ces textes ne définit le « prix du marché ».

produits, notamment dans le domaine pharmaceutique et informatique, font l'objet d'un brevet ? Quelle majoration de prix pourrait en résulter ? Tant d'éléments qui rendent le prix du marché introuvable. Le législateur vietnamien souhaite que la détermination soit la plus objective possible. Mais l'objectif est loin d'être atteint. Finalement, on se heurte aux mêmes difficultés rencontrées par les juges français dans le contrôle de l'abus de fixation unilatérale du prix. En recherchant l'« inconnaissable », n'est-on pas, dans les deux pays, « à mille années-lumière de la réalité économique »⁷⁰² ?

En deuxième lieu, quels prix doit-on prendre comme base de calcul ? Le prix au moment de la livraison ou lors de la formation du contrat ? La question est digne d'être posée parce que les prix fluctuent très vite dans un pays émergent comme le Vietnam, même du jour au lendemain, à cause de la dépréciation de la monnaie nationale et des spéculations. Selon l'article 431-1 du Code civil, c'est le prix pratiqué au lieu et au moment du paiement qui doit être pris en compte. Mais selon l'article 52 de la loi commerciale, qui doit en principe s'appliquer aux contrats commerciaux, c'est le prix « habituellement pratiqué, au moment de la conclusion du contrat, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ». Les circonstances comparables que l'appréciateur doit prendre comme étalon sont les suivantes : les critères géographiques, le mode de paiement et autres éléments ayant une influence sur le prix. Si la réunion de tous ces éléments n'est déjà point chose facile, encore faut-il répondre à la question de savoir de quel contrat il s'agit : du contrat de franchise lui-même ou du contrat d'exclusivité d'approvisionnement ?

Dans la pratique, le juge vietnamien détermine le prix au moment de la formation du contrat selon les dispositions de la loi commerciale. En effet, la Cour populaire suprême⁷⁰³ a reproché aux juges du fond de ne pas avoir désigné « une commission d'experts ayant pour mission de fixer le prix ». Mais ce prix n'est qu'indicatif, car les juges du fond doivent également « prendre en considération le prix réellement pratiqué au lieu et au moment de la formation du contrat et le prix appliqué par l'autorité compétente du lieu où se trouve l'objet du contrat ». Le juge suprême ne précise pas quel prix doit être retenu, mais l'on peut déduire

⁷⁰² J. CALVO, art. préc. Dans le même sens : E. GARDOUNIS, *La détermination du prix dans le contrat. Etude comparée entre le droit français et le droit hellénique*, préf. C. JAMIN, Bruylant, 2007, n° 811 et s. L'auteur observe que « les litiges ne portent presque jamais sur un seul produit ou service dont le prix est considéré abusif, mais sur toute une gamme de produits, tout comme leur fourniture pour une période assez longue, de sorte que l'on risque de voir les débats se perpétuer, sans que l'on puisse en tirer une quelconque certitude, même en ayant recours à une expertise », que la nouvelle jurisprudence est passée « d'un extrême à l'autre, d'une lecture extensive à une lecture restrictive, sans rechercher si elle correspond véritablement aux termes de cette disposition ».

⁷⁰³ Cour populaire suprême, 5 mai 2010, arrêt n° 21/2010/DS-GDT.

qu'il s'agit d'un prix moyen calculé mathématiquement sur la base du « prix fixé par les experts », du « prix du marché » et du « prix fixé par l'autorité compétente ».

En dernier lieu, comment un prix peut-il être fixé objectivement s'il n'existe pas de marché régulier ou si le marché des marchandises en cause a cessé d'exister ou encore si le franchiseur est en situation de monopole ? Le législateur prévoit qu'on doit prendre pour étalon le prix des « mêmes marchandises ». Mais que peut-on entendre par « mêmes marchandises » ? S'agit-il de marchandises fongibles ou similaires ? S'agit-il de marchandises d'une même espèce ou d'une même catégorie ? En pratique, il se peut que le franchiseur produise une nouvelle gamme de produits (médicaments par exemple) ou de services de sorte qu'il n'y ait plus de marchandises comparables. Le risque est réel parce que l'économie du Vietnam est loin d'être un marché parfait. Dans le cas où le franchiseur est en situation de monopole, le prix moyen de tous les échanges des produits se réduit, somme toute, au prix du franchiseur.

362. Il est permis de penser que dans le cas où le prix du marché est introuvable, le recours au prix raisonnable serait nécessaire, d'autant que la franchise repose au demeurant sur une coopération étroite entre les parties au service d'un intérêt commun. Ce prix raisonnable permet aux deux parties de bénéficier de l'avantage qu'ils cherchent à tirer du contrat de franchise, sans que la satisfaction de l'intérêt de l'un ne conduise à sacrifier l'intérêt de l'autre. *A fortiori*, l'approvisionnement en marchandises pour revente n'est pas un but pour le franchisé. Elle vise un objectif plus important : l'intégration au réseau homogène du franchiseur. Pour le franchiseur, l'approvisionnement exclusif a pour but d'homogénéiser le réseau. Dès lors, le prix des marchandises doit être fixé en considération de ces éléments. Cette fixation n'est pas de nature à contredire les dispositions droit de la concurrence. Ce dernier interdit aux entreprises et groupes d'entreprises occupant une position dominante d'« imposer des prix de vente ou d'achat déraisonnables »⁷⁰⁴.

b) Le refus de la fixation unilatérale du prix

363. Le maintien de l'autonomie de la volonté. Resté fidèle à la théorie de l'autonomie de la volonté, le législateur vietnamien admet que le prix du contrat ne doit pas nécessairement être déterminé ou déterminable. Une fois fixé, il doit toutefois être le résultat d'un accord

⁷⁰⁴ Art. 13-2, loi sur la concurrence de 2004.

commun des parties. En effet, l'article 402 du Code civil dispose que « les parties sont libres dans la fixation du prix ». Ce principe est rappelé à plusieurs reprises par la loi commerciale de 2005. Ainsi, l'article 63 de ladite loi précise dans son alinéa 1^{er} que la vente de marchandises à la Bourse de marchandises doit être conforme aux normes établies par ladite Bourse et à « un prix convenu au moment de la conclusion du contrat ». L'article 66 rappelle ensuite que « le prix de l'option est convenu entre les parties ». La reconnaissance à une partie, en l'occurrence le franchiseur, du droit de fixer unilatéralement du prix en droit français n'a donc pas emporté la conviction du législateur vietnamien.

364. Une question se pose : qu'en sera-t-il si le franchiseur fixe seul le prix des ventes subséquentes ? On a vu que le juge français accepte une telle pratique et qu'il a instauré un mécanisme de contrôle des abus. Quelle serait la situation en droit vietnamien ? Le contrat de franchise devrait être frappé dans son ensemble de nullité ou seule la clause de prix devrait être réputée non écrite ? C'est la seconde hypothèse qui devrait l'emporter. Il en est ainsi parce que le prix n'est plus considéré comme un élément essentiel du contrat de franchise. Le franchisé peut contester le prix fixé par le franchiseur en se référant aux prix du marché. Mais dès lors il risque de ne pas pouvoir déterminer ce prix. Finalement, c'est toujours le juge qui est amené à déterminer le prix de façon subjective en fonction des cas d'espèce.

§ 2. Le contrôle du prix de revente par le droit de la concurrence

365. Plan. Le franchisé n'achète les marchandises que pour les revendre. Etant un commerçant indépendant, il doit être libre dans la fixation du prix de ces reventes. Mais du point de vue du franchiseur, ce qui compte le plus c'est de favoriser les reventes de ses marchandises dans le respect de l'homogénéité du concept. Par ailleurs, l'uniformité du prix facilite le choix des clients pressés qui « s'étonneraient que deux produits identiques ne soient pas vendus au même prix dans des magasins identiques »⁷⁰⁵. Le franchiseur ne peut donc être indifférent au prix pratiqué par son franchisé, surtout lorsqu'il est titulaire d'un réseau de haute notoriété. Il tend à unifier les prix de revente des marchandises qu'il vend de crainte que ses franchisés ne les revendent à des prix disparates. S'ils sont trop élevés, c'est l'efficacité de la commercialisation du produit qui peut s'en trouver affectée. S'ils sont trop bas, il risque de

⁷⁰⁵ M.-J. LOYER-LEMERCIER, « Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ? », JCP E 2011, 1218.

voir l'image de sa marque ternie⁷⁰⁶. La politique du prix de revente du franchiseur peut consister en un prix maximum, en un prix minimum, ou en une marge⁷⁰⁷. Il paraît dès lors opportun d'examiner comment le droit de la concurrence permet au franchisé de se soustraire au comportement égoïste du franchiseur dans l'exercice de la politique de prix. Si le droit français s'avère assez efficace sur ce point (A), il en est beaucoup moins en droit vietnamien (B).

A. L'interdiction du prix imposé en France

366. L'indépendance du franchisé (rappel). Il semble bien établi, en doctrine comme en jurisprudence⁷⁰⁸, que le franchisé est un commerçant indépendant. Cette indépendance se manifeste particulièrement en ce qu'il doit pouvoir librement négocier sa marge bénéficiaire avec son franchiseur pour les produits distribués par celui-ci et fixer le prix des objets ou des services qu'il propose à la clientèle. Il n'est donc pas possible de le priver de la possibilité de déterminer les prix car il s'agit d'un élément essentiel de la politique commerciale et financière de tout entrepreneur⁷⁰⁹.

367. La prohibition des pratiques anticoncurrentielles. L'article 101⁷¹⁰ du Traité sur le fonctionnement de l'UE déclare incompatibles avec le marché commun, les pratiques concertées qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente, tandis que l'article 102⁷¹¹ classe parmi les pratiques abusives le fait d'imposer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente. De même, les articles L. 410-1 et suivants du Code

⁷⁰⁶ VU Dang Hai Yen, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁰⁷ NGUYEN Thanh Tu, « L'imposition du prix de revente en droit de concurrence vietnamien » (Hành vi ấn định giá bán lại theo pháp luật Việt Nam), *Rev. Etudes législatives*, déc. 2008.

⁷⁰⁸ La Cour de cassation a dans un arrêt du 3 mai 1995 requalifié un contrat dit de franchise après avoir relevé que les prétendus franchisés « n'avaient aucune liberté pour l'exploitation de leur commerce ». Il apparaissait en effet qu'ils n'avaient pas de liberté réelle dans la fixation de leurs prix de vente, déterminés en réalité par le fournisseur exclusif, et que les marchandises, dont le fabricant demeurait propriétaire jusqu'à leur vente aux clients, enregistrées sur une caisse spéciale, n'étaient facturées qu'ensuite par celui-là à ses cocontractants au prix de vente au détail sous déduction d'une certaine remise. Cf. L. LEVENEUR, « Requalification d'un contrat de franchisage en gérance salariée », *JCP E* n° 47, 23 nov. 1995, 748. Antérieurement, une décision du tribunal correctionnel de Paris du 26 sept. 1985 a considéré qu'à partir du moment où les franchisés prenaient l'engagement contractuel de se soumettre aux prix communiqués par le franchiseur, et n'avaient même pas la possibilité de s'en écarter à l'occasion de promotions sans l'accord du franchiseur, le délit de prix imposés était constitué.

⁷⁰⁹ C. JAMIN, note sous CA Paris, 10 mars 1989, Société Lypobar c/ sociétés LSP et LSG et autres, *Gaz. Pal.* 13 juill. 1989, p. 549. Du même auteur, note sous CA Paris, 19 nov. 1997, *RJS* 1998, n° 265, 3^{ème} espèce.

⁷¹⁰ Ex-article 81 TCE.

⁷¹¹ Ex-article 82 TCE.

de commerce considèrent comme nul tout engagement, convention ou clause contractuelle faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et sanctionnent même pénalement le fait pour 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.

Il se peut que le franchiseur pratique le pré-enregistrement des prix sur les caisses enregistreuses ou le pré-étiquetage des produits par le franchiseur et qu'il organise des campagnes publicitaires indiquant le prix des produits dont la réclame est faite. Les juridictions vérifient *in concreto* si le franchisé a la possibilité de s'affranchir des prix indiqués par le franchiseur, à un coût qui ne paraît pas excessif. Si la recherche des conséquences du prix imposé de façon directe ne présente pas de réelle difficulté (1). Il en va autrement pour le prix imposé de façon indirecte. Dans la pratique, le juge français se livre à une appréciation minutieuse (2).

1.- Prix de revente imposé de façon directe

368. Dans une espèce concernant le problème de la fixation du prix de revente, le franchisé demandeur en nullité considérait que le prix lui était « imposé », alors qu'il s'agissait, selon le franchiseur, d'un prix « conseillé ». Le franchiseur avait dans cette affaire conclu avec l'un de ses franchisés deux contrats de franchise comportant chacun une clause d'approvisionnement exclusif et une clause de prix de revente des marchandises. Le franchisé a assigné le franchiseur en annulation du contrat au motif que ce dernier ne lui permettait pas de fixer librement les prix de revente des marchandises. La Cour d'appel de Pau lui a donné pleine satisfaction. Le franchiseur a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Il a fait valoir, d'une part, que « la fixation, par l'une des parties à une convention, du prix des fournitures successives commandées en exécution de cette convention, n'affecte pas la validité de celle-ci ». Il a soutenu, d'autre part, que « les contrats litigieux stipulaient que le franchisé avait toute liberté de ne pas respecter le prix, simplement conseillé, indiqué sur les articles livrés ». En réalité, comme l'ont relevé les juges du fond, il était impossible pour le franchisé de modifier l'étiquette comportant le tarif « conseillé ». La Cour de cassation a alors rejeté la demande du franchiseur au motif que « le prix d'achat des marchandises achetées par le franchisé était déterminé par le franchiseur, [que] le franchisé se trouvait dans l'obligation d'appliquer à la clientèle le tarif déterminé et transmis par le franchiseur, le distributeur étant

ainsi lié par la politique des prix établie par le franchiseur, [que] par l'effet de la clause d'approvisionnement exclusif, les prix étaient déterminés dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 34 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »⁷¹².

369. Dans une affaire récente concernant le pré-étiquetage tranchée par l'Autorité de la concurrence⁷¹³, le fournisseur a fait valoir que le distributeur était libre de pratiquer un prix inférieur à celui indiqué en produisant un tableau faisant apparaître, pour certains établissements, un différentiel entre le chiffre d'affaires qui aurait résulté de l'application des prix recommandés et le chiffre d'affaires effectivement réalisé. Cette argumentation n'a toutefois pas convaincu l'Autorité de la concurrence qui a relevé notamment que « force est de constater que le distributeur partenaire, quand bien même aurait-il une certaine latitude pour réduire le *prix convenu*, comme l'allègue Punto Fa, n'est pas en mesure de s'écarter sensiblement de ce prix contractuel qui est la traduction d'une « *politique de prix* » décidée par Punto Fa. En tout état de cause, l'existence de remises ponctuelles effectuées à la caisse pour quelques clients ou pour des salariés du magasin ne permet pas de conclure que le distributeur partenaire est libre de mettre en œuvre une stratégie de prix autonome »⁷¹⁴.

370. Cette position est en parfaite harmonie avec celle de la Commission européenne. En effet, suite à l'affaire Pronuptia qui a donné lieu à une décision de la CJCE⁷¹⁵, la Commission a demandé à l'entreprise *Yves Rocher* la suppression des clauses de prix imposés de ses contrats⁷¹⁶. En 1987, la Commission a rappelé à la société *Computerland* qu'il était entendu

⁷¹² Cass. com., 7 oct. 1997, pourvoi n° 95-19518 ; JCP E 1998, p. 1645, note D. MAINGUY.

⁷¹³ Qui a succédé au Conseil de la concurrence en vertu de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008. Cette loi a transféré à la nouvelle Autorité de la concurrence les pouvoirs de l'ancien Conseil de la concurrence et lui en a accordé de nouveaux : l'Autorité succède au ministre de l'Économie pour contrôler les opérations de concentration. En outre, elle est désormais en mesure de mener elle-même ses enquêtes et possède la possibilité de s'autosaisir en matière d'avis sur toute question de concurrence et d'émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés au ministre en charge du secteur.

⁷¹⁴ Aut. conc., 30 juin 2009, déc. n° 09-D-23. Dans le même sens : CA Paris, 18 mars 1997, Juris-data n° 1997-023957.

⁷¹⁵ CJCE, 28 janv. 1986, préc. La Cour a statué que « le fait que pour le franchiseur de communiquer au franchisé des prix indicatifs n'est pas constitutif d'une restriction de la concurrence, à la condition qu'il n'y ait pas entre le franchiseur et les franchisés ou entre les franchisés une pratique concertée en vue de l'application effective de ces prix ». On voit ici la volonté du juge européen d'éviter que le contrat de franchise soit un moyen de réaliser un partage des marchés entre les partenaires, ou empêche les franchisés de se livrer à une concurrence de prix entre eux. La CJCE est devenue la CJUE depuis le 1^{er} décembre 2009 en vertu du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁷¹⁶ *Y. Rocher*, JOCE n° L 8/49, 1987.

qu'elle devait laisser à ses franchisés entière liberté pour la fixation de leurs prix de revente⁷¹⁷. En 1988, elle a encore souligné l'autonomie des franchisés en matière de prix⁷¹⁸.

371. Il conviendrait toutefois de constater que le fait d'imposer un prix maximum est permis dans la mesure où le prix constitue un élément essentiel du savoir-faire. Il serait dès lors normal que le franchisé s'engage à respecter un certain prix. C'est du moins le point de vue des juges parisiens dans un arrêt rendu le 4 octobre 2006. En l'espèce, un contrat de franchise a été signé entre la SA NASOCA (franchiseur) et la société ITM ENTREPRISES (franchisé) en vue de l'exploitation d'un supermarché à vocation alimentaire en reposant sur une politique de prix réduits. Le franchisé s'est opposé à une campagne de réduction de prix engagée par le franchiseur, aux motifs qu'elle l'exposait à des risques pénaux et financiers. Il a saisi le juge des référés afin de voir ce dernier ordonner au franchiseur de cesser immédiatement ses pratiques commerciales de blocage des prix sur certains produits, de préimpression des prix de vente sur ces produits et son opération publicitaire « tous unis contre la vie chère ». Par ordonnance du 5 avril 2006, le juge des référés du tribunal de commerce d'EVRY a déclaré la demande « irrecevable en la forme des référés ». Le franchisé a alors fait un appel devant la Cour d'appel de Paris pour lui demander de faire cesser les pratiques de nature à porter atteinte à l'indépendance de son statut et à la pérennité de son point de vente. La Cour a toutefois rejeté sa demande en relevant qu'« en dépit des affirmations de l'appelante [franchisé] et au vu des justificatifs qu'elle produit, la preuve qui lui incombe du trouble manifestement illicite qu'elle invoque n'est pas rapportée par elle avec l'évidence qui seule peut fonder une décision de la juridiction des référés »⁷¹⁹. Antérieurement, la même Cour a jugé, le 13 décembre 1995, que le prix imposé ne peut cependant être trop bas pour permettre aux franchisés de survivre. En l'espèce, le Conseil de la Concurrence a été saisi en 1992, par le ministre de l'Economie, de pratiques mises en œuvre sur le marché des lessives par les sociétés Henkel France, Lever, Procter et X... France et Colgate Y... fournissant ensemble près de 90% des produits vendus en France. Ces lessives étaient vendues à hauteur de 30% par les franchisés sous les enseignes de Leclerc et Intermarché. Le Conseil, ayant estimé constitutif d'ententes prohibées un certain nombre de pratiques liées au référencement de produits lessiviers par un certain nombre de franchisés, a prononcé à l'encontre des auteurs de ces pratiques illicites des sanctions pécuniaires. Le franchiseur soutenait que sa publication

⁷¹⁷ *Computerland*, JOCE n° L 222/12, 1987.

⁷¹⁸ *Servicemaster*, JOCE L 332/38, 1988 et *Charles Jourdan*, JOCE n° L 35/31, 1989.

⁷¹⁹ CA Paris, 4 oct. 2006.

L'argus de la distribution « constitue un moyen de faire connaître sa politique de prix bas » et que « l'existence de cette forme de communication constituerait en elle-même une contribution au progrès économique qui n'imposerait pas de restrictions excessives à la concurrence ». Cet argument n'a toutefois pas convaincu le Conseil de la concurrence. Celui-ci a relevé que « la pratique d'ITM {franchiseur} allait au-delà de ce qui était strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'elle poursuivait ». La Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre cette décision a, quant à elle, retenu que les franchisés disposaient en réalité d'une « marge de manœuvre réduite à l'extrême par le caractère très bas des prix maxima figurant à l'Argus »⁷²⁰.

2.- Prix de revente imposé de façon indirecte

372. Prix imposé de façon déguisée. L'identification d'un prix imposé de façon indirecte est plus difficile lorsque le franchiseur qui, profitant de son pouvoir de fixer le contenu des publicités que son franchisé doit mettre en place, indique qu'il se réserve le pouvoir de modifier la politique du prix dans les supports du message publicitaire. Le franchisé a certes la faculté de se livrer à une action de promotion, notamment au plan local, mais il doit obtenir l'accord préalable du franchiseur⁷²¹. Sa liberté risque donc être soumise à la volonté du franchiseur⁷²².

Il semble que le juge français applique strictement les mesures préventives établies par le droit de la concurrence. Ainsi, dans un arrêt rendu le 10 mars 1989, la Cour d'appel de Paris a décidé que le fait pour un franchiseur de transmettre les tarifs de revente présentés sous la rubrique « normes impératives » est considéré comme suffisant pour établir l'existence d'une pratique de prix imposés⁷²³. A été également sanctionné un prix conseillé pratiqué par un fournisseur qui avait recommandé des prix à ses distributeurs tout en ajoutant que « nous attirons votre attention sur la nécessité de respecter nos recommandations en cette matière. Si tel n'était pas le cas, nous serions amenés à reconsidérer le bien-fondé de notre participation

⁷²⁰ CA Paris, 13 déc. 1995, BOCCRF, 28 févr. 1996, p. 57 et s. ; LPA 27 nov. 1998 n° 142, p. 20, note Y. MAROT. Cette décision a été confirmée par Cass. com., 27 janv. 1998, pourvoi n° 96-11080, Bull. civ. IV, n° 42, p. 32.

⁷²¹ Ce pouvoir se justifie par le fait que le titulaire du concept et de la marque est le mieux placé pour promouvoir l'image de marque ou les produits qu'il a conçus. A ce titre, il doit normalement se charger de l'animation et de la coordination de la politique commerciale afin d'éviter des actions désordonnées qui seraient préjudiciables à tous les partenaires.

⁷²² *Computerland*, JOCE n° L 222/12 (1987), préc.

⁷²³ CA Paris, 10 mars 1989, Gaz. Pal. 13 juill. 1989, note C. JAMIN, p. 547.

financière à vos investissements... »⁷²⁴. De même, lorsqu'il existe dans la convention des expressions telles que : « le franchisé s'engage à respecter la marge brute... » ou « toute promotion devra être soumise... », la jurisprudence française estime qu'il y a prix imposé même si en pratique certains membres du réseau ne suivent pas ces directives⁷²⁵. La pratique de prix imposé pourrait donc être caractérisée en l'absence de clause de prix imposé⁷²⁶. Pour ce faire, le juge française se livre à une appréciation *in concreto*. Cette solution pourrait être adoptée par les tribunaux vietnamiens car elle présente l'avantage de décourager la tentation du franchiseur d'imposer indirectement le prix de revente, grâce à la clause de prix-catalogue.

B. L'interdiction d'imposer un prix de revente au Vietnam

373. Le fait d'imposer un prix de revente peut se heurter à deux obstacles dressés par la loi sur la concurrence de 2004. Le premier concerne les ententes restrictives (1), le second l'abus de position dominante (2).

1.- La sanction du comportement égoïste par le biais de l'interdiction des ententes restrictives

374. L'article 8-1 de la loi sur la concurrence prévoit que « sont réputées restrictives de concurrence les ententes tendant à : fixer de manière directe ou indirecte les prix des produits ou des services ». Mais toutes les ententes ne sont pas interdites. Le fait d'imposer un prix de revente n'est sanctionnée que « si les parts de marché cumulées des parties à l'entente sont égales ou supérieures à 30% du marché en cause »⁷²⁷. L'article 3-6 de ladite loi précise que la « part de marché » d'une entreprise doit être déterminée en se basant « soit sur le pourcentage

⁷²⁴ Cons., con., décision n° 94-D-27 du 26 avr. 1994, affaire Electrolux.

⁷²⁵ T. corr. Paris, 26 sept. 1985, *Gaz. Pal.* 1985 (2), préc. p. 739 ; Cass. com., 2 juill. 2002, pourvoi n° 00-14939, préc. La Cour a statué que « l'arrêt constate que les trois premiers contrats contenaient une clause par laquelle le franchisé s'engageait à « appliquer à la clientèle un tarif uniforme conforme à celui communiqué par la société Intercaves et à ne pas consentir de remises injustifiées ni de prix abusifs », que si cette clause ne figurait pas dans le quatrième, le franchisé s'y était néanmoins engagé à appliquer scrupuleusement la politique commerciale et les méthodes de vente définies par la société Intercaves, et cette dernière avait poursuivi ses pratiques antérieures en incitant fortement le franchisé à appliquer le taux de marge communiqué par elle, qu'ainsi, par une lettre du 10 octobre 1994, elle lui « conseillait vivement » de réajuster les tarifs relatifs aux produits d'appel, jugés trop élevés, et l'invitait à relever son prix de vente du vin en vrac, jugé trop bas, « en fonction de ceux conseillés » par elle ; qu'à partir de ces seuls motifs, abstraction faite de ceux surabondants visés par le moyen, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ».

⁷²⁶ Pour une vue d'ensemble, V. T. GRANIER, « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.* 1991, p. 357.

⁷²⁷ Art. 9-2 de ladite loi.

du chiffre d'affaires de ladite entreprise par rapport au chiffre d'affaires total de l'ensemble des entreprises commercialisant, sur le marché en cause, la même catégorie de produit ou de service ; soit sur le pourcentage du montant des achats de ladite entreprise par rapport au montant total des achats effectués par l'ensemble des entreprises commercialisant, sur le marché en cause, la même catégorie de produit ou de service ; ledit pourcentage étant établi mensuellement, trimestriellement et annuellement ».

375. Ce dispositif est inapplicable au franchiseur producteur car la détermination des parts de marchés cumulés est impossible, le franchiseur et le franchisé n'opérant pas sur la même chaîne. En effet, le franchiseur est producteur et le franchisé est son distributeur. Leur entente est donc verticale, alors que cette disposition ne prohibe que des ententes horizontales⁷²⁸.

2.- La sanction du comportement égoïste par le biais du contrôle des abus de position dominante

376. L'article 13-2 de la loi sur la concurrence interdit aux entreprises et groupes d'entreprises occupant une position dominante d'« imposer des prix de vente ou d'achat déraisonnables ou de fixer des prix de revente minimaux, causant ainsi des préjudices aux clients ». Cette disposition n'est applicable que si l'une de ces deux conditions est satisfaite. D'une part, il faut que la pratique du franchiseur cause des préjudices au consommateur. Il appartient donc au franchisé de démontrer que le prix minimum imposé est trop élevé, causant ainsi des pertes au consommateur. Dans le cas contraire, si le prix minimum de revente imposé est bas⁷²⁹, aucune sanction ne peut être infligée au franchiseur, car le prix est en faveur du consommateur⁷³⁰. D'autre part, si le franchiseur occupe une position dominante ou

⁷²⁸ NGUYEN Thanh Tu, art. préc. ; NGUYEN Thi Hong Van, « Les ententes restrictives de concurrence dans les contrats de franchise » (Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại), Rev. Etudes législatives, mars 2011.

⁷²⁹ Les redevances mensuelles de certains contrats de franchise sont calculées sur la base du chiffre d'affaires, et non sur la base du bénéfice. La tentation du franchiseur est dans ce cas grande d'imposer un prix de revente bas pour écouler le plus grand volume de marchandises, rehaussant ainsi le chiffres d'affaires du franchisé et le montant de ses redevances.

⁷³⁰ VU Dang Hai Yen, *op. cit.*, Dans le même sens NGUYEN Ngoc Son, « L'imposition du prix de revente aux dépens du consommateur » (Hành vi an ninh gia bán lại gay thiet hai cho khách hang), Rev. Etudes législatives, sept. 2005.

monopolistique, les préjudices se caractérisent dès lors que celui-ci « impose à son franchisé de pratiquer le prix de revente préfixé par lui »⁷³¹.

Puisque la franchise est souvent pratiquée au Vietnam par les petites et moyennes entreprises, nombre de franchises sont à l'abri de cette sanction.

En définitive, en matière de prix de revente le droit de la concurrence vietnamienne ne fournit pas de solution efficace pour protéger le franchisé de l'abus du franchiseur dans l'exercice du prix de revente. Celui-ci a toute latitude pour son propre intérêt, semble-t-il, d'imposer à son franchisé de respecter une politique de prix. Les tribunaux français, pour leur part, dans le souci de sauvegarder l'indépendance de la partie faible, en l'occurrence le franchisé, n'ont pas manqué de sanctionner le fait par le franchiseur d'imposer un prix de revente, que ce soit de façon directe ou de façon indirecte.

⁷³¹ Art. 27-3 du Décret 116 portant application de la loi sur la concurrence.

Conclusion du chapitre I

377. L'analyse comparative a montré que le contrat de franchise, comme tout autre contrat, est un terrain privé permettant au franchiseur de satisfaire ses propres intérêts. Ce droit à la poursuite des intérêts particuliers est reconnu par les deux systèmes français et vietnamien qui prévoient toutefois un contrôle sur les abus. Le franchiseur a ainsi un pouvoir discrétionnaire tant dans la détermination de l'exclusivité d'approvisionnement que dans la fixation du prix des marchandises soumises à cette exclusivité. Il peut le faire dans le cadre des limites⁷³² établies par la loi ou par la jurisprudence.

378. Approvisionnement exclusif. En droit français comme en droit vietnamien, le franchiseur peut imposer à son franchisé de s'approvisionner auprès de lui ou auprès des fournisseurs référencés par lui. Cette exclusivité peut concerner le matériel et les produits ou les services. Constituant des entraves à la libre concurrence, l'exclusivité d'approvisionnement ne peut être valide que si elle est indispensable à la sauvegarde de l'identité du réseau de franchise et s'il est impossible au franchiseur, sans cette exclusivité, d'appliquer des spécifications objectives de qualité. La jurisprudence française n'a pas manqué de sanctionner des clauses obligeant le franchisé à acheter au franchiseur des produits qui ne satisfont pas cette double condition. Une telle pratique concernant le matériel ou l'aménagement des magasins serait condamné de la même manière en droit vietnamien. Ce dernier reste toutefois muet en ce qui concerne l'exclusivité d'approvisionnement de produit. Les comportements égoïstes susceptibles de naître de cette exclusivité sont indirectement sanctionnés par le droit de la concurrence qui n'est regrettablement pas toujours efficace.

379. Fixation du prix. Quant à la détermination du prix des marchandises ou services soumis à cette exclusivité, le droit français s'oriente vers une approche subjective en accordant au juge un rôle important dans l'appréciation des abus de l'auteur de la fixation unilatérale du prix, alors que le législateur vietnamien adopte une approche objective en recourant au prix du marché. Si le subjectivisme français pose des difficultés quant à la charge de preuve qui pèse désormais sur la victime et que le résultat fluctue en fonction des

⁷³² Pour employer l'expression de Montesquieu.

circonstances, d'où un aléa judiciaire, l'objectivisme vietnamien n'est pas sans poser des difficultés dans sa mise en œuvre. Il s'avère incomplet dans les cas où le marché des marchandises en cause n'existe pas ou n'est pas parfait. Il paraît opportun, dans de tel cas, de recourir au prix raisonnable (*reasonable price*) du droit anglo-saxon⁷³³ avec la prise en considération de l'intérêt commun qui est inhérent à la franchise. Ce prix raisonnable n'est pas nécessairement le prix du marché qui, parfois, pourrait ne pas exister. Il n'est pas non plus un prix juste pour tous les contractants. Partant du principe que le franchiseur et le franchisé sont interdépendants, il serait permis de penser qu'il s'agirait d'un prix qui permet au franchisé de réaliser l'œuvre commune. Son appréciation peut être basée bien entendu sur les indices du marché imposés par le législateur, mais également sur les relations antérieures des parties, leur conduite actuelle et la pérennité de leurs relations futures. Cette exigence de prise en considération du passé et de l'avenir des parties ne serait que le reflet de la confiance mutuelle qui doit résider dans le cœur de toute relation contractuelle⁷³⁴ et qui est très familière à la culture vietnamienne⁷³⁵.

⁷³³ Ainsi, le *Sale of Goods Act* britannique consolidé en 1979 énonce dans le 8. (2) que « *Where the price is not determined as mentioned in subsection (1) above the buyer must pay a reasonable price* » et son (3) précise que la détermination de ce prix raisonnable « *is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case* ».

⁷³⁴ Ainsi, l'article 412 du Code civil précise que le contrat doit être exécuté « avec probité, dans un esprit de coopération, de la manière la plus profitable aux parties et dans le respect de la confiance mutuelle » (al. 2). Chacun des contractants doit également « respecter les intérêts de l'Etat, de l'intérêt public, des droits et intérêts légitimes d'autrui ».

⁷³⁵ La confiance joue un rôle essentiel dans le droit coutumier vietnamien. En effet, dans l'ancienne société vietnamienne, celui qui ne renait pas sa parole était puni comme s'il avait violé la loi. Ceci s'explique par l'une des caractéristiques de l'ancien droit vietnamien : la confusion entre le droit et la morale. La violation de la règle morale était sanctionnée par des peines pénales. On considérait que la fidélité à la parole donnée était d'autant plus indispensable qu'elle porte sur quelque chose que l'on promet de faire. Autrement dit, on estimait que la parole donnée ne pouvait pas être violée. Cette culture reste très forte dans les rapports civils et commerciaux au Vietnam. Le vieil adage selon lequel « l'ordre du roi cède à la coutume du village » règne en maître dans les corporations. Pour une vue d'ensemble : PHAM Duy Nghia, *Les influences positives du Confucianisme sur le Droit (Pháp luật và những điểm tích cực của Nho giáo)*, éd. Justice, 2004. V. également : NGUYEN Tien Dien, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, th. Paris II, 2011.

La notion de « confiance » n'est pas absente en droit français, elle fait l'objet d'études approfondies. En effet, M. C. PERELMAN a écrit que « la confiance mérite protection » (*Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd. Dalloz 1979, p. 93, règle numéro 39). M. P. STOFFEL-MUNK, quant à lui, a observé, dans sa thèse sur l'abus dans le contrat (Aix-Marseille III, 1999, p. 207) que « le lien que cette notion présente avec la bonne foi ne relève pas seulement de l'étymologie. Au sens chrétien, la foi est une attente certaine, une espérance assurée. La confiance du contractant n'est que le pâle reflet de la même idée : il a foi en son partenaire, ce dernier doit lui rendre selon ses légitimes attentes ». La jurisprudence récente en France, quant à elle, semble lier la notion de l'abus à l'exigence de bonne foi et à la prise en considération de son cocontractant par une partie dans l'exercice de ses droits. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a sanctionné un concédant qui, s'étant trouvé confronté à un effondrement général du marché, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril leur activité tout en ne s'imposant pas la même rigueur puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices « des concessionnaires ». En l'état de ces constatations, la Cour a statué que « la société France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente ». Cf. Cass. com., 15 janv. 2002,

380. En définitive, l'exclusivité d'approvisionnement relève de l'intérêt propre du franchiseur. Elle constitue une obligation contraignante pour le franchisé en ce sens qu'elle le prive de liberté d'approvisionnement. Au pire, elle pourrait devenir un terrain propice à l'égoïsme du franchiseur. Or, l'équilibre contractuel exige qu'en contrepartie de cette contrainte, le franchisé puisse bénéficier d'une contrepartie, en l'occurrence, l'exclusivité territoriale.

pourvoi n° 99-21172 JCP 2002, II, 10157, note C. JAMIN ; JCP *E* 2002 ; Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 28, obs. D. MAINGUY ; *D.* 2002, jurispr. p. 1974 s. note P. STOFFEL-MUNK.

Chapitre II

L'exclusivité territoriale

*Une faveur qui n'est pas exclusive est une injure*⁷³⁶

381. Plan. Si le franchiseur considère l'exclusivité d'approvisionnement comme un élément essentiel au contrat de franchise, c'est la protection territoriale qui semble être, pour le franchisé, le critère décisif de son intégration au réseau. La clause d'exclusivité territoriale peut lui conférer une sorte de périmètre de sécurité, de prévisibilité et de rentabilité⁷³⁷ en lui permettant de se mettre à l'abri de la concurrence des autres franchisés et de celle du franchiseur lui-même. Le franchiseur, quant à lui, utilise la clause d'exclusivité territoriale comme un moyen de partager le marché entre les membres du réseau, limitant ainsi la concurrence entre eux, pour mieux concurrencer les autres réseaux⁷³⁸. Mais la pratique montre que tous les contrats de franchise ne prévoient pas l'exclusivité territoriale. Il est d'ailleurs de jurisprudence constante en France que l'exclusivité territoriale n'est pas un élément essentiel du contrat de franchise⁷³⁹, même en présence d'une exclusivité d'approvisionnement⁷⁴⁰. Le législateur vietnamien, quant à lui, ne s'est pas penché sur ce point. Les parties sont libres de déterminer le contenu de leur clause d'exclusivité. La pratique en France et au Vietnam montre que même en stipulant une clause d'exclusivité, celle-ci est assortie de limitations. Sur ce point, les intérêts du franchiseur et du franchisé peuvent diverger. En effet, le franchisé cherche souvent à bénéficier d'une exclusivité sur une plus grande superficie pour exploiter une clientèle plus importante, alors que le franchiseur cherche généralement à limiter cette zone pour pouvoir implanter plus tard d'autres franchises et en tirer des droits d'entrée. Il est donc nécessaire d'examiner dans un premier temps les éléments de l'exclusivité territoriale

⁷³⁶ ROUSSEAU.

⁷³⁷ G. PERLEANI, « Les clauses d'exclusivité », in « Les principales clauses des contrats conclus entre les professionnels », PUAM, 1990, p. 55.

⁷³⁸ J.-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 70.

⁷³⁹ Cass. com., 28 janv. 1980, pourvoi n° 78-13619, Bull. civ, n° 42 ; Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-20382, Bull. IV, n° 403, p. 293 ; RTD com. 1994, p. 348, note B. BOULOC. Dans cette dernière espèce, la Cour d'appel de Paris a annulé un contrat de franchise au motif que « l'obligation d'exclusivité du franchiseur, qui est un élément essentiel de ce contrat de franchise, est indéterminée et indéterminable ». Cette décision a toutefois été censurée par la Cour de cassation en retenant qu'« en se décidant par de tels motifs, impropres à définir en quoi cette clause était déterminante de la volonté des parties de contracter, alors que le contrat de franchise n'est pas nul par le seul fait de l'absence d'une clause d'exclusivité territoriale, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle ».

⁷⁴⁰ Cass. com., 9 nov. 2002, pourvoi n° 01-13492 ; D. 2003, p. 2427, obs. D. FERRIER.

afin de vérifier, d'une part, si elle constitue une vraie contrepartie de l'exclusivité d'approvisionnement (Section 1), et, d'autre part, si elle n'a pas été vidée de sa substance⁷⁴¹ en raison du développement de l'Internet (Section 2).

Section 1 : Les éléments de l'exclusivité territoriale

382. Plan. Après avoir analysé l'objet de la clause d'exclusivité territoriale (§ 1), il conviendra d'examiner les conséquences attachées à sa violation (§ 2).

§ 1. L'objet de l'exclusivité territoriale

383. Plan. L'identification de l'exclusivité territoriale peut se faire en deux temps : la détermination de ses modalités (B) puis de sa délimitation géographique (B).

A. Les modalités de l'exclusivité territoriale

384. L'exclusivité territoriale peut être relative si seules l'exclusivité de franchise (1) et l'exclusivité d'enseigne (2) sont accordées au franchisé. Elle peut être absolue si ces deux dernières exclusivités sont accompagnées de l'exclusivité de distribution (3).

1.- L'exclusivité de franchise

385. L'exclusivité de franchise existe lorsque le franchiseur s'engage à ne pas accepter l'implantation d'une unité franchisée, autre que celle du franchisé, dans le territoire accordé à ce dernier. Cette obligation de ne pas faire incombant au franchiseur s'avère essentielle pour le franchisé afin que ce dernier puisse conserver la clientèle fidélisée par ses propres efforts et rentabiliser ses investissements.

⁷⁴¹ H. BENSOUSSAN, « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », *D.* 2000, p. 629. L'auteur observe que l'exclusivité territoriale ne présente pas de grand intérêt parce que la concurrence extérieure est souvent plus nuisible pour le franchisé que la concurrence intra-marque et que la protection territoriale accordée est neutralisée par l'internet.

386. Mais l'exclusivité de franchise peut également signifier que la liberté du franchisé dans l'externalisation de son activité est limitée, voire interdite. Il existe ainsi des clauses d'exclusivité qui interdisent au franchisé d'ouvrir de nouveaux points de vente, ni dans le territoire concédé, ni en dehors de ce territoire. Ces clauses édictent ainsi une obligation de ne pas faire uniquement à la charge du franchisé. Le franchiseur peut se réserver le droit d'implanter lui-même, ou de faire installer un autre franchisé, une unité de franchise sur le territoire exclusif du franchisé lorsqu'il le juge opportun. Il peut faire croire son franchisé à un monopole en lui accordant un droit de préemption⁷⁴². Mais cette préemption est difficile à mettre en œuvre, à cause des délais d'exercice de ce droit qui sont souvent courts et surtout à cause des contraintes financières : nouveaux droits d'entrée, nouveaux investissements pour l'ouverture de la nouvelle unité... Par ailleurs, le franchisé peut ne pas partager le point de vue de son franchiseur sur la faisabilité d'une telle ouverture dans son territoire, ce qui pourrait le conduire à renoncer à son droit de préemption.

Il conviendrait enfin de noter que la clause d'exclusivité de franchise n'interdit pas au franchiseur d'approvisionner d'autres distributeurs non franchisés qui pourront arborer son enseigne sous forme de filiale, succursale ou magasin multimarques.

2.- L'exclusivité d'enseigne

387. La marque et les autres signes de ralliement constituent des éléments indispensables du contrat de franchise. Le franchisé doit pouvoir les utiliser pour exploiter une clientèle. Force est toutefois de constater que le droit d'utilisation de ces signes distinctifs n'est pas exclusif, sauf stipulation expresse par le contrat. En vertu de la clause d'exclusivité d'enseigne, le franchiseur s'engage à ne pas signer d'autres contrats de franchise sur le territoire et à ce qu'aucun autre franchisé ou distributeur n'appose son enseigne sur la façade de son magasin, que ce soit au titre d'une franchise, d'une filiale ou d'une succursale. L'exclusivité d'enseigne est donc plus forte que celle de franchise, car la première implique nécessairement la seconde. Le franchisé a donc la certitude de recueillir mieux que quiconque le bénéfice de la notoriété de l'enseigne et de sa politique commerciale⁷⁴³.

⁷⁴² Art. 2.5. contrat de franchise *Hapromart* précité.

⁷⁴³ J.-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 71.

388. Mais cette exclusivité d'enseigne ne signifie pas que le franchiseur se prive de toute concurrence sur le territoire concerné. Il peut se réserver le droit de vendre, directement ses produits à la clientèle située sur le territoire du franchisé⁷⁴⁴ ou à des distributeurs non franchisés n'utilisant pas l'enseigne du franchiseur. Il peut également implanter un autre point de vente à son nom mais sous une autre enseigne dans le territoire exclusif du franchisé⁷⁴⁵.

Tout comme l'exclusivité de franchise, l'exclusivité d'enseigne peut être formulée de manière positive ou négative, elle n'implique en aucun cas *ipso facto* une exclusivité de distribution.

3.- L'exclusivité de distribution

389. L'exclusivité de distribution signifie que dans son territoire, le franchisé sera le seul à pouvoir distribuer les produits objets de la franchise⁷⁴⁶. Il s'agit de l'exclusivité la plus protectrice pour le franchisé bien qu'elle n'implique pas nécessairement l'exclusivité d'enseigne. Le franchiseur s'interdit de vendre lui-même ses produits à la clientèle du franchisé. Il s'engage également à ne pas vendre ses produits à d'autres distributeurs qui pourraient revendre ces marchandises à la clientèle située dans la zone exclusive accordée au franchisé. Cette exclusivité ne signifie pas que le franchisé est limité dans la distribution des produits en dehors de son territoire. Il peut toujours en effet satisfaire à des commandes émanant de clients individuels⁷⁴⁷. Seule la vente active peut lui être interdite par le franchiseur dans le souci de respecter l'engagement d'exclusivité qui lie ce dernier à d'autres franchisés.

390. Dans la pratique, le franchiseur utilise souvent des formulations floues, mais non moins astucieuses, pour limiter l'exclusivité territoriale qu'il accorde au franchisé ou pour

⁷⁴⁴ Il n'en va cependant pas de même si la marque est utilisée comme l'enseigne, ce qui est souvent le cas. Dans de telle hypothèse, l'exclusivité de l'enseigne est également l'exclusivité de marque.

⁷⁴⁵ Dans un contrat de franchise de cosmétique entre une société française et une société vietnamienne, ce montant est de 200.000 euros par an.

⁷⁴⁶ Il serait toutefois judicieux de noter que le franchiseur ne pourrait pas vendre les produits semblables ou similaires sur le territoire déjà accordé. La Cour populaire suprême du Vietnam l'a jugé en relevant qu' « a violé son obligation d'exclusivité de distribution le mandant qui avait vendu dans la zone exclusive de son agent des « médicaments pour les poissons » même si les produits objet du contrat d'agence commerciale sont des « médicaments pour les crevettes ». Cf. arrêt n° 04/2010/KDTM-GĐT du 19 mars 2010, société Nam Giang c/ agence commerciale Minh Tuyét-Ngọc Nhi.

⁷⁴⁷ V. point 51 Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01, JOUE 19 mai 2010.

faire croire au franchisé qu'il bénéficie d'un monopole. Ainsi, dans un contrat de franchise de location de bureaux et de matériel⁷⁴⁸, la clause d'exclusivité prévoit que le franchiseur doit accorder « au franchisé dans la zone d'action commerciale [...] délimitée, le droit d'exercer une activité de centre d'affaires de location de bureaux, de matériels et de services sous les marques et enseigne X ». De même, l'article 2 du contrat de franchise de chaîne des magasins d'utilité *Hapromart* stipule que « le franchisé jouit du droit d'ouvrir un point de vente dans la zone géographique déterminée ». Il arrive que le franchiseur s'engage à n'autoriser aucun autre franchisé à s'installer dans la zone déjà accordée. Cette formulation pourrait induire le franchisé en erreur quant à son monopole. Il semble en effet logique pour un franchisé de croire que le franchiseur, en s'engageant à n'autoriser aucun autre franchisé à s'installer dans le territoire déjà accordé, s'engage aussi à ne pas s'implanter lui-même dans ce territoire.

391. Il découle de la jurisprudence que l'exclusivité ne peut être déduite, ni d'un minimum de vente à assurer dans un territoire déterminé, ni d'une clause de rendement avec obligation de résultat dont le non-respect est susceptible d'entraîner la rupture du contrat. Ainsi, dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation, un distributeur avait reproché aux juges du fond d'avoir dénaturé le contrat le liant à son fournisseur en faisant valoir que le contrat litigieux précisait le territoire concédé, le minimum de ventes à assurer et le pourcentage de commission. Ces clauses révélaient, selon lui, l'existence d'un accord de distribution exclusive. Cette argumentation n'a cependant pas satisfait la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi en statuant que la cour d'appel n'a commis nulle dénaturation du contrat litigieux. La Haute juridiction a également retenu que la stipulation d'une clause territoriale n'implique pas en elle-même une garantie d'exclusivité sur le territoire défini⁷⁴⁹.

De même, dans une autre affaire, un franchisé croyait qu'il bénéficiait d'une exclusivité de franchise en vertu de la clause selon laquelle le franchiseur lui accordait le droit de « commercialisation dans le département du RHÈNE de produits médico-chirurgicaux » et lui interdisait de « rechercher des clients hors du territoire pour les produits faisant l'objet de la franchise ». Ayant constaté qu'un autre franchisé du réseau diffusait le catalogue et les produits du franchiseur sur son territoire, il saisit le Tribunal de Commerce de Lyon qui a fait droit à sa demande en condamnant, *in solidum*, le franchisé fautif et le franchiseur lui-même à des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé. La Cour d'appel de Lyon a

⁷⁴⁸ Citée par N. NEFUSSY-LEROY, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁴⁹ Cass. com., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-13074, inédit.

toutefois infirmé ce jugement en statuant qu' « il ressort des termes mêmes du contrat qu'en l'espèce aucune exclusivité territoriale n'a été expressément convenue » au bénéfice du franchisé et que, tout au contraire, la seule limitation prévue est celle qui s'impose à lui en ce qui concerne la recherche de clients hors de son territoire.

Le franchisé doit donc être vigilant à la formulation de la clause d'exclusivité et ne jamais croire à une protection territoriale absolue qui est d'ailleurs interdite par le droit de la concurrence.

B. La délimitation géographique de l'exclusivité territoriale

392. Que ce soit en France ou au Vietnam, un élément important doit être mentionné dans le document d'information précontractuelle, puis dans le contrat de franchise. Il s'agit de la location du point de vente (1). Celle-ci pourrait être considérée comme un élément du savoir-faire du franchiseur. L'article premier du décret n° 91-337 du 4 avril 1991⁷⁵⁰ précise dans son 6° que le franchiseur doit mentionner dans le document d'information précontractuelle « l'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités ». Au Vietnam, la circulaire n° 9 du 25 mai 2006 prévoit, quant à elle, dans son point IV-1 que le franchiseur doit préciser « la localisation du point de vente ». C'est souvent à la base de cette localisation que le franchiseur détermine ensuite la zone limitrophe de l'exclusivité territoriale (2).

1.- La localisation de l'unité de vente

393. La localisation du point de vente est un élément important du savoir-faire du franchiseur. Selon un auteur, elle consiste non à déterminer la taille de l'unité en fonction du chiffre d'affaires potentiel pour sa zone d'attraction, mais à chercher la zone dont le marché admettra le point de vente du réseau, tel qu'il a été préalablement systématisé et modélisé⁷⁵¹. Un bon emplacement peut être un facteur de réussite. Dans certains réseaux de franchise, notamment dans le domaine de la restauration, de l'habillement et de la beauté, le franchiseur

⁷⁵⁰ Portant application de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social (loi Doubin).

⁷⁵¹ J. BOURSICAN, *La franchise commerciale et les possibilités qu'elle offre à la petite et moyenne entreprise : étude d'un système de distribution inter-entreprises*, th. Toulouse I, 1972, p. 232.

établit des critères démographique (densité de population, flux d'immigration...) géographique (trafic des piétons, circulation des moyens de transport...), économique (niveau de vie, pouvoir d'achat par habitant du produit...), socio-professionnelle (goût de consommation de différentes catégories de personne). Il cherche parfois lui-même des lieux et propose à son franchisé de s'y installer⁷⁵². Dans ce cas, si la localisation est mal choisie, il la responsabilité est susceptible d'être mise en cause⁷⁵³. Dans d'autres franchises, le franchisé doit chercher lui-même un magasin en conformité avec les critères déterminés par le franchiseur. Il est très rare que le franchisé soit libre de choisir l'emplacement selon ses propres critères⁷⁵⁴.

On peut observer que l'exclusivité territoriale peut exister de fait sans qu'elle ne soit expressément prévue dans le contrat. Le Conseil de la concurrence⁷⁵⁵ a ainsi caractérisé l'existence d'une exclusivité absolue dans un cas où des revendeurs s'étaient engagés à respecter le territoire qui leur était concédé tant en prospection commerciale et publicitaire que pour les ventes à la clientèle et s'étaient interdits de vendre leurs produits hors de la zone d'influence. De même, la Cour de cassation a considéré qu'une clause limitative de publicité peut être considérée comme une protection territoriale absolue⁷⁵⁶.

2.- La détermination de l'étendue de l'exclusivité territoriale

394. L'exclusivité ne se conçoit pas sans territoire. Une fois qu'une exclusivité (de franchise ou de distribution ou des deux) est accordée, il faut que le franchiseur détermine son périmètre. En accordant un territoire exclusif trop large, le franchiseur se prive de la possibilité d'élargir ses activités et manque à faire connaître sa marque. Au pire, un tel

⁷⁵² Par exemple *KFC, Lotteria*.

⁷⁵³ Cass. com., 7 mars 1995, pourvoi n° 93-10368, préc.

⁷⁵⁴ Parmi les contrats consultés, seul le contrat de franchise de formation des informaticiens Aptech ne prévoit pas le lieu où devront se dérouler les formations.

⁷⁵⁵ Décision n° 94-D-27 du 26 avril 1994 relative aux pratiques de la société Electrolux motoculture sur le marché de la distribution du matériel de jardin, Rev. Lamy, n° 584, obs. V. SELINSKY.

⁷⁵⁶ Cass. com., 27 févr. 1996, pourvoi n° 94-13657, Bull. IV, n° 63, p. 49. La Cour a rejeté la demande d'un concédant tendant à condamner ses deux concessionnaires à lui payer des dommages et intérêt pour avoir fait de la publicité en dehors de leurs zones, en relevant que « après s'être référée aux dispositions du règlement d'exemption n° 123-85 du 12 décembre 1984, alors applicable, concernant les accords de distribution en matière de vente de véhicules automobiles et, après avoir comparé le texte du considérant 9 sur la publicité laissant au distributeur la possibilité d'utiliser des moyens publicitaires ayant « une incidence suprarégionale », à la clause litigieuse des contrats limitant cette publicité suprarégionale à celle qui était la conséquence « inévitable » d'une publicité relative à la zone concédée, la cour d'appel a pu décider, eu égard aux moyens publicitaires faisant l'objet du procès, que la clause contractuelle limitative de publicité, contraire aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1^{er} du traité CEE était inopposable aux concessionnaires ».

territoire aurait pour effet indésirable la passivité du franchisé. Le franchiseur a alors tendance à réduire le périmètre des territoires concédés. Mais un territoire trop restreint ne permettrait pas au franchisé d'avoir une clientèle suffisante et ne le mettrait pas à l'abri de la concurrence intra-marque⁷⁵⁷. Il est donc naturel qu'il cherche à obtenir une zone d'exclusivité plus grande. Le franchiseur doit donc trouver un juste équilibre en accordant à chacun de ses franchisés une zone raisonnable. Cette détermination géographique relève, elle aussi, du savoir-faire du franchiseur.

395. Il peut arriver à certaines franchises, surtout les jeunes enseignes, que le franchiseur n'ait pas encore assez de franchisés et qu'il existe par conséquent des zones non franchisées. Le franchisé ne peut certes prendre l'initiative de servir des clients situés dans la zone d'un autre franchisé⁷⁵⁸. Il ne semble toutefois pas illégitime qu'il cherche à étendre son activité en dehors de son territoire exclusif dans une zone non franchisée. L'égoïsme du franchiseur pourra-t-il être caractérisé s'il interdit à son franchisé d'étendre ses activités alors même que cette extension ne compromet pas l'exclusivité d'autres franchisés ? A qui appartiendra la clientèle de cette zone ? Au franchisé qui a créé par ses propres efforts une clientèle dans une zone qui ne lui est pas accordée, ou au nouveau franchisé qui viendra s'implanter dans la zone, ou au franchiseur lui-même qui est titulaire de la marque ? Ni le droit français ni le droit vietnamien ne fournissent d'indications permettant à répondre à ces questions délicates.

396. De façon transitoire, le franchisé pourra exercer son activité sur d'autres départements, à condition qu'ils soient limitrophes, tant qu'une autre franchise n'est pas implantée dans ces départements... En cas d'implantation d'une nouvelle franchise dans un département de la zone limitrophe, le franchisé reste propriétaire de la clientèle acquise. Tel est la situation en pratique⁷⁵⁹. Le franchiseur joue alors le rôle de régulateur d'intérêts entre ses anciens et nouveaux franchisés. Cette solution peut avoir un effet stimulant. Le franchisé est conduit à

⁷⁵⁷ Tel était le cas dans le réseau de franchise de thé *Dilmar*. On constate en effet qu'outre le non-respect de l'homogénéité du concept par les franchisés, l'apparition trop rapide de nouvelles enseignes « comme des champignons après la pluie », rendant la concurrence intra-marque incontrôlable, est une des causes de l'échec de cette quasi-franchise au Vietnam.

⁷⁵⁸ La satisfaction de façon passive des clients situés dans la zone d'un autre franchisé ou du franchiseur lui-même est toutefois possible. Il est même interdit au franchisé de faire le contraire, car le refus de vente au consommateur sera sanctionné par l'article 30 de l'ordonnance n° 1243 du 1^{er} déc. 1986, et l'article 33 du décret n° 86-1309 du 29 déc. 1986.

⁷⁵⁹ Contrat de franchise de service d'assistance aux petites entreprises cité par NEFUSSY-LEROY, *op. cit.*, p. 184.

s'investir plus activement dans le développement de la marque du franchiseur puisqu'il peut profiter d'une exploitation en zone limitrophe pendant une période transitoire. La recherche de la clientèle effectuée par le franchisé est également bénéfique au franchiseur⁷⁶⁰.

397. Les droits susceptibles d'être concédés au franchisé en exclusivité dans un territoire donné sont nombreux et divers et peuvent se cumuler. Dans la pratique, le franchiseur utilise souvent des formulations floues pour limiter l'exclusivité territoriale accordée initialement. Des comportements égoïstes sont donc susceptibles de naître et de remettre en cause la relation entre le franchiseur et le franchisé et celle entre les franchisés⁷⁶¹. En effet, un franchisé, par souci d'optimiser son bénéfice, pourrait chercher et satisfaire la clientèle située en dehors de son territoire. Quelle sera alors la conséquence du non-respect de l'exclusivité ? Dans quelle mesure la satisfaction par un franchisé de la clientèle d'un autre franchisé ou du franchiseur lui-même est-elle permise ? Quel rôle le franchiseur devra-t-il jouer dans la régulation des comportements égoïstes entre les franchisés eux-mêmes dans l'exercice de leurs droits exclusifs ? Ces questions trouveront leur réponse dans le paragraphe suivant.

§ 2. Les conséquences attachées à la violation de l'exclusivité territoriale

398. Plan. L'exclusivité territoriale est réciproque⁷⁶². En signant cette clause, le franchisé est non seulement créancier, mais aussi débiteur. Il détient un monopole dans un territoire déterminé. Ni le franchiseur, ni les autres franchisés ne peuvent le concurrencer. Mais il est obligé de rester dans ce territoire concédé. Le non-respect des engagements pris tant par le franchiseur que par le franchisé est susceptible de justifier la résiliation du contrat par la victime (A). Il convient également de souligner que la franchise est organisée en réseau. Dès

⁷⁶⁰ NEFUSSY-LEROY, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁶¹ S'il est vrai qu'il n'y a pas de lien contractuel direct entre les différents franchisés d'un franchiseur, ces derniers sont tous membres d'un réseau et sont par conséquent liés par l'effet du réseau. Chaque franchisé pourrait donc invoquer un manquement contractuel d'un autre franchisé du membre, alors même qu'ils ne sont pas liés contractuellement. Cf. Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, pourvoi n° 05-13255, BICC n° 651, note ASSIE, *D.* 2006, p. 2825, note G. VINEY ; JCP 2006, II, 10181, avis GARIAZZO et note M. BILLIAU. Un franchisé créancier d'une exclusivité a aussi le droit d'exiger de son débiteur qu'il fasse respecter la clause d'exclusivité par ses autres cocontractants. Cf. Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, JCP 2006 II 10119, obs. O. DESHAYES ; RDC 2006, p. 1154, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ., 2006, p. 553, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2006 I 10119, note O. DESHAYES ; *D.* 2006, p. 1454, note Y. ROUQUET ; RDC 2007, p. 267, obs. D. MAZEAUD.

⁷⁶² Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle*, préf. Y. SERRA, LJDJ 200, spéc n° 127 et s. L'auteur considère que la réciprocité des obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement se retrouve dans la plupart des contrats de distribution, et notamment dans le contrat de franchise. Elle est considérée comme un moyen de protection de la clientèle de chacun des membres du réseau.

lors, la violation d'une obligation de caractère bilatérale peut compromettre l'intérêt d'autres franchisés du réseau. Le franchiseur à la tête du réseau est donc non seulement responsable de ses propres actes, mais verrait également sa responsabilité engagée s'il ne fait pas respecter l'exclusivité par tous les autres franchisés (B).

A. Le non-respect de l'exclusivité par les parties au contrat

399. Le respect de l'exclusivité accordée est de l'essence même du contrat de franchise⁷⁶³. Seront examinées les conséquences de la violation de l'obligation d'exclusivité quant à son objet (1) et quant à son étendue territoriale (2).

1.- Le non respect de l'objet de l'exclusivité

400. La violation de l'obligation d'exclusivité territoriale peut concerner l'enseigne, la marque, la distribution et la franchise elle-même. Le non respect par le franchiseur de l'exclusivité qu'il a accordée à son franchisé affecte l'équilibre contractuel. Dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation⁷⁶⁴, un franchiseur avait accordé à son franchisé « l'exclusivité de la franchise pour l'ouverture de boutiques pour la ville de Toulouse et sa zone urbaine ». Profitant du caractère flou de cette clause, il a concédé plus tard à une autre société le droit d'ouvrir un magasin vendant exclusivement les articles fournis par lui-même et sous son enseigne. Il a soutenu que l'exclusivité reconnue au franchisé n'était pas absolue et qu'elle ne s'appliquait ni à la commercialisation d'articles autres que les vêtements féminins, ni à l'usage de la marque ou de l'enseigne. Cet argument a emporté la conviction des juges d'appel de Grenoble mais n'a pas satisfait la Haute juridiction. Cette dernière a reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché si les méthodes de vente mises en œuvre par ce commerçant agréé par le franchiseur avec le concours de ce dernier ne constituait pas une concurrence incompatible avec l'exclusivité reconnue aux franchisés du réseau.

⁷⁶³ CA Paris 11 mai 1983, Gaz. Pal. 1984 I 25.

⁷⁶⁴ Cass. com., 3 déc. 1991, pourvoi n° 90-13306, inédit. De même, dans un autre litige né d'un contrat de franchise de distribution des produits Mexx aux termes duquel, le franchiseur avait accordé au franchisé une exclusivité de l'enseigne et de la distribution des produits Mexx pour le secteur de Toulouse, les juges toulousains ont condamné le franchiseur pour « avoir permis à des tiers d'apposer l'enseigne Mexx sur des boutiques situées dans la zone territoriale d'exclusivité ». Cf. CA Toulouse, 2 juill. 2008, n° de RG : 08/01759.

Il a été jugé de la même manière à propos d'un franchiseur qui cherchait à satisfaire son propre intérêt au mépris de celui de son franchisé. En effet, pour accorder une franchise dans le territoire déjà accordé à un franchisé, le franchiseur s'est basé sur une clause floue rédigée par lui-même. Cette clause stipulait que le franchiseur « s'engage à ne conclure aucun contrat de franchise dans la zone d'exclusivité pour une « marque agréée », mais qui accordait à ce dernier le droit de conclure, dans cette même zone, un contrat de franchise portant sur l'une quelconque des « marques déposées ». Les juges du fond ont retenu qu'en autorisant un tiers concurrent à faire usage, dans la zone de concession exclusive, du signe « Comfort Inn Residence », le franchiseur avait « manqué au respect du contrat ». Insatisfait, le franchiseur a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Il a soutenu qu'en restreignant les « marques déposées » aux seules marques « agréées », la cour d'appel a dénaturé la stipulation contractuelle. Cette argumentation a été rejetée par la Cour de cassation qui a relevé que la convention « classait tout à la fois ces deux marques, ensemble, sous la dénomination de « marque agréée » ». Dès lors, selon la Haute juridiction, l'usage de chacune d'entre elles, seule ou en association à titre de « marque déposée », provoque une confusion chez les clients qui ne sont pas en mesure « à la seule lecture des annonces respectives, de percevoir qu'il serait en présence de deux produits différents », de sorte qu'ils ne peuvent qu'être amenés à penser que « les établissements hôteliers en cause appartiennent à la même chaîne »⁷⁶⁵.

401. La solution doit être la même pour le franchisé qui cherche à changer d'enseigne⁷⁶⁶ ou à dépasser ses frontières pour servir de façon répétitive la clientèle d'un autre franchisé. En vertu d'un contrat de franchise, un franchisé bénéficiait d'une exclusivité d'exploitation de la marque du franchiseur dans un secteur géographique déterminé. En contrepartie, il s'était engagé à ne pas prospector la clientèle hors de ce territoire. Or, il n'a pas respecté cet engagement. La Cour de cassation a admis la rupture du contrat aux torts du franchisé en relevant que celui-ci « avait livré des véhicules de location à l'aéroport de Marignane dépendant du secteur concédé à un autre franchisé du réseau »⁷⁶⁷.

402. Il convient de noter que les contractants doivent respecter strictement leurs engagements pendant la période de préavis de non-reconduction de la relation, sous peine de

⁷⁶⁵ Cass. com., 19 déc. 2006, pourvoi n° 04-11749, inédit.

⁷⁶⁶ CA Pau, 10 oct. 2005, Juris-Data n° 291080.

⁷⁶⁷ Cass. com., 14 févr. 1989, pourvoi n° 86-18673, inédit.

voir leur responsabilité engagée. C'est ainsi qu'un franchiseur a été sanctionné par la Cour d'appel de Colmar⁷⁶⁸ pour avoir diffusé auprès de la clientèle du franchisé, deux mois avant l'expiration du contrat, une circulaire annonçant, pendant la période de préavis de non-reconduction de six mois, dans le territoire protégé par l'exclusivité conférée au franchisé, les nom et adresse d'un nouveau franchisé. Il invitait également les clients à prendre contact « dès à présent » pour plus d'informations avec ce futur franchisé. Il serait judicieux de noter que le caractère fautif du comportement du franchiseur a été retenu alors même que l'activité du futur franchisé ne devait prendre effet qu'après l'expiration du contrat en cause et qu'aucune commande des clients du franchisé qui devait être éconduit n'a été satisfaite par le futur franchisé.

2.- Le non-respect de l'étendue territoriale de l'exclusivité

403. Interdiction au franchiseur de modifier la zone d'exclusivité accordée. Compte tenu des dépenses d'investissements et de personnels que le franchisé doit engager, il est essentiel pour ce dernier d'être en situation de monopole de vente sur un certain territoire. L'exclusivité territoriale lui est donc essentielle. Elle est même la cause impulsive de la signature du contrat. Le franchiseur ne peut donc modifier la zone d'exclusivité de son franchiseur dans son étendue. Mais il peut arriver que des changements importants, notamment d'ordre démographique, surviennent pendant l'exécution du contrat. Le franchiseur pourra-t-il alors réduire unilatéralement l'étendue de l'exclusivité déjà accordée en implantant un autre point de vente dans la zone ? La tentation serait grande, d'autant que les formulations utilisées par le franchiseur sont souvent ambiguës. Saisi dans de tel cas, le juge français cherche à déterminer si le franchiseur a agi de mauvaise foi en se basant sur la formulation ambiguë de la clause. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 décembre 1989 confirme ce propos.

En l'espèce, la société Volkswagen Audi Groupe France a concédé à la société Paris Biarritz automobiles la vente exclusive de ses produits en vertu d'un contrat à durée déterminée d'un an renouvelable d'année en année. Ce contrat stipulait que le concessionnaire bénéficiait d'une zone d'exclusivité portant sur un certain nombre de cantons proches de Biarritz. Plus tard, le concédant a autorisé un autre concessionnaire à transférer ses installations à Biarritz. Le premier concessionnaire a alors assigné le concédant en résolution

⁷⁶⁸ CA Colmar, 1^{ère} civ., 8 juin 1993, confirmée par Cass. com., 12 nov. 1996, pourvoi n° 94-14329.

du contrat et en paiement de dommages et intérêts. La Cour d'appel⁷⁶⁹, puis la Cour de cassation lui ont donné satisfaction en relevant que le lieu d'implantation du concessionnaire concurrent « revêtait une importance certaine dans la détermination du consentement de la société Paris Biarritz puisque la clientèle de la zone banalisée était naturellement portée à s'adresser au concessionnaire le plus proche de son domicile »⁷⁷⁰. En autorisant une installation de nature à compromettre l'intérêt de son concessionnaire, le concédant « a manqué à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat »⁷⁷¹. Son attitude a marqué une indifférence fautive au sort de son partenaire⁷⁷².

Certains auteurs pensent que toute ouverture d'un nouveau point de vente, même nécessaire pour la rehausse de l'image de marque et n'affectant pas l'intérêt du franchisé, doit faire l'objet d'un accord de celui-ci. Des renégociations sont nécessaires avec possibilité de compensations financières au franchisé dont la zone est réduite par la nouvelle implantation⁷⁷³.

404. Interdiction au franchisé de changer l'emplacement du point de vente. Il arrive souvent que le franchiseur interdise toute modification de la zone exclusive et de l'emplacement de vente. Une clause interdisant le transfert du magasin n'est pas considérée comme restrictive de concurrence⁷⁷⁴. Le changement de localisation, s'il est prévu expressément par le contrat, doit satisfaire plusieurs critères stricts. Le non-respect de ces critères est souvent sanctionné par la résiliation du contrat. Le juge n'a pas hésité à considérer le changement unilatéral d'emplacement du franchisé sans l'accord du franchiseur comme une faute grave autorisant la rupture immédiate du contrat⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ CA Paris, 9 févr. 1988.

⁷⁷⁰ Cass. com., 19 déc. 1989, pourvoi n° 88-13789, Bull. civ. IV n° 327, p. 219.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat*, *op.cit.*, p. 103.

⁷⁷³ P. le TOURNEAU et M. ZOIA, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 1030 : Concession exclusive. – Conditions de validité. – Validité au regard du droit de la concurrence (2006) ; J.-M. LELOUP, *Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 934 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁷⁴ CJCE, 28 janv. 1986, Rec. CJCE, p. 353. Le n° 19 de cet arrêt précise que « Tel est le cas encore de l'obligation du franchisé de ne vendre les marchandises visées au contrat que dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur, laquelle a pour objet de garantir une présentation uniforme répondant à certaines exigences. Les mêmes exigences s'appliquent à l'emplacement du magasin dont le choix est également de nature à influencer la réputation du réseau. Ainsi s'explique que le franchisé ne puisse pas transférer son magasin dans un autre emplacement sans l'assentiment du franchiseur ».

⁷⁷⁵ CA Lyon, 15 sept. 1995, HSM c / Zannier, Juris-Data 1995-053058. Dans cette affaire, le franchisé, HSM, a cédé son fonds de commerce, dont le droit au bail du magasin où il exploitait la franchise selon un contrat conclu avec la société Zannier. S'étant vu opposer un refus catégorique de la part de son franchiseur, le franchisé, après

Mais doit-il en aller de même si, pendant l'exploitation, le franchisé ne réalise pas un chiffre d'affaires souhaité et qu'il trouve une autre boutique qu'il juge mieux placée que la sienne et qui peut donc attirer plus de clients ? De même, qu'en sera-t-il s'il y a des travaux dans la rue où se trouve le magasin, le franchiseur peut-il refuser le changement d'emplacement ? Dans la pratique, il n'est pas toujours certain que le franchiseur partage le point de vue de son franchisé. Le franchisé peut estimer que le changement d'emplacement du magasin est nécessaire et le franchiseur considérer que le changement envisagé ne satisfait pas les critères exigés par le savoir-faire. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2010⁷⁷⁶ confirme ce propos.

En l'espèce, selon un contrat de franchise conclu entre la société Chantal X (franchisé) et la société Chattawak, il a été convenu que l'exclusivité territoriale consentie pour la ville d'Annecy ne pouvait s'exercer que dans un seul magasin sur le fronton extérieur duquel doivent figurer la ou les enseignes Chattawak « à l'exclusion de toute autre enseigne ». Le franchisé est devenu ensuite, par un contrat d'affiliation du 11 juin 1999, affilié de la société de son franchiseur. Se prévalant du fait que des travaux d'urbanisme dans la rue Sommeiller avaient réduit très largement l'activité commerciale de cette rue et avaient rendu indispensable un changement d'emplacement, le franchisé avait informé son franchiseur de ces éléments et avait transféré son magasin dans une nouvelle rue. Le franchiseur, après avoir vainement demandé à son franchisé de lui faire connaître le lieu, les surfaces du local et les conditions financières du changement, avait mis fin au contrat. La Cour de cassation lui a donné raison en relevant que le franchisé n'avait pu répondre aux questions de savoir si le nouvel emplacement « correspondait aux exigences contractuellement définies, en termes de standing, de superficie et d'accessibilité »⁷⁷⁷.

avoir vainement réitéré sa demande par courrier valant mise en demeure, lui a signifié que le contrat de franchise se trouvait rompu par son fait. Le franchisé a ensuite assigné son franchiseur devant la justice aux fins de voir prononcer la résiliation du contrat aux torts exclusifs de son franchiseur dont le refus d'agrément de transfert était abusif. Le tribunal de commerce de Saint Etienne, confirmé ensuite par la Cour d'appel de Lyon, l'a débouté de sa demande en considérant qu'« à défaut de stipulation contractuelle relative au transfert du point de vente agréé, le refus d'agrément de la société franchiseur n'était pas abusif ».

⁷⁷⁶ Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-66773, Bull. IV, n° 114, 2010 ; JCP *E* 2010, 1694, note Dissaux ; D. 2010, p. 1703, obs. E. CHEVRIER ; M.-J. LOYER-LEMERCIER, « Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ? », JCP *E* 2011, 1218.

⁷⁷⁷ Sur la demande d'indemnités pour la cessation du contrat, la Haute juridiction a également fait droit au franchiseur qui argumentait que la société Chantal X « ne peut se prévaloir du statut des agents commerciaux dans la mesure où elle avait développé une clientèle dans le cadre du contrat de franchise, et où son passage de la franchise à la commission affiliation n'avait en rien modifié ses droits sur cette clientèle puisqu'elle a pu céder son droit au bail sur les locaux situés 7 rue Sommeiller à Annecy, ce qu'elle n'aurait pu faire si elle n'avait pas été propriétaire d'une clientèle, élément essentiel du fonds de commerce ».

Même si le franchisé a satisfait les critères précités, il n'est pas sûr qu'il puisse changer de magasin. Encore faut-il que le nouvel emplacement, bien qu'il se trouve dans la zone exclusive accordée, ne soit pas trop proche de celui d'un autre franchisé.

B. L'obligation du franchiseur de faire respecter l'exclusivité

405. Le conflit d'exclusivité. Que l'on songe à une hypothèse dans laquelle un franchisé dépasse son territoire pour servir la clientèle d'un autre franchisé. Quelle pourrait être la responsabilité du franchiseur si ses franchisés se font de la concurrence entre eux en démarchant leur clientèle respective. Une faute contractuelle pourrait-elle être retenue à la charge du franchiseur ? En assurant contractuellement une zone exclusive à chacun de ses franchisés, le franchiseur commet-il une faute vis-à-vis d'un franchisé victime dès lors que son territoire est conquis par un autre franchisé ? Le franchisé victime peut tenter dans un premier temps de résoudre le problème à l'amiable avec son collègue. Si cette démarche n'aboutit pas, il peut se baser sur la clause d'exclusivité pour demander la résolution ou la résiliation du contrat avec demande de réparation du préjudice ainsi causé sur le fondement des articles 425 et 426 du Code civil vietnamien. En cas d'absence de stipulations contractuelles relatives à la méconnaissance de l'obligation d'exclusivité, la victime peut engager la responsabilité de son cocontractant sur la base de l'article 7 du Code civil qui énonce que « les parties doivent exécuter avec diligence leurs obligations civiles et sont personnellement responsables de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de leurs obligations » et de l'article 302 du même Code qui pose le principe que « tout débiteur est civilement responsable à l'égard du créancier du dommage résultant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de son obligation ».

406. En France, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 9 mars 1993, a admis qu'un membre d'un réseau est réputé agir contre les autres membres du même réseau en ne respectant pas les stipulations du contrat qui les lie à l'organisateur du réseau. En l'espèce, la société Kookai (franchiseur) et la société Belle Epine Sélection (franchisé) ont conclu un contrat aux termes duquel le franchiseur s'était engagé à octroyer au franchisé le droit exclusif d'exploitation d'un magasin. Le franchiseur s'était engagé également à ne pas ouvrir un autre magasin à l'intérieur du centre commercial Belle Epine. Pendant l'exécution du contrat, le

franchisé avait constaté la commercialisation, dans ce centre, des produits du franchiseur par deux autres commerçants. Après avoir vainement demandé à son franchiseur de faire cesser cette concurrence, le franchisé a fermé son commerce et assigné celui-ci en résiliation du contrat de franchise et en paiement d'indemnité. Le franchiseur, quant à lui, a assigné son franchisé en paiement de factures ainsi que de dommages-intérêts pour la cessation brutale du contrat. Les juges du fond ont favorablement accueilli la demande du franchisé. Le franchiseur a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation en prétendant que le magasin BHV était extérieur au centre commercial Belle Epine à proprement parler et qu'il ne réalisait sur les produits Kookaï qu'un chiffre d'affaires totalement dérisoire par rapport à celui du franchisé sur les mêmes produits. Mais cette argumentation a été rejetée par la Cour de cassation. Cette dernière a retenu la négligence du franchiseur en relevant que « la société Kookaï n'apportait pas la preuve qu'elle avait fait cesser cette violation du contrat d'exclusivité »⁷⁷⁸.

Il résulte de cette jurisprudence que le franchiseur a encouru à la fois une responsabilité contractuelle du fait d'un membre du réseau et une responsabilité personnelle pour avoir méconnu son obligation de contrôle et de garantie du respect de l'exclusivité. Cette solution mérite pleinement d'être suivie par le juge vietnamien.

407. En sus de cette solution, deux autres possibilités s'ouvrent au franchisé victime. La première consiste à introduire une action oblique contre le commerçant qui lui a fait concurrence sur le fondement de l'article 1166 du Code civil qui prévoit que les créanciers peuvent exercer « tous les droits et actions de leur débiteur ». Puisque le franchisé se substitue, dans cette hypothèse, au franchiseur pour l'exercice de ses droits, il lui faut prouver qu'il a intérêt à agir et que son franchiseur a négligé de le faire. Cette solution n'est pas intéressante au franchisé car c'est le franchiseur qui profite de la condamnation pécuniaire, le franchisé victime n'agissant qu'à la place de celui-ci.

La deuxième possibilité consiste pour le franchisé à agir personnellement contre son collègue franchisé pour le faire condamner à cesser le comportement fautif et à réparer le

⁷⁷⁸ Cass. com., 9 mars 1993, pourvoi n° 91-11479, inédit. Cette position a été ensuite confirmée par Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19376, Bull. 2006 Mixt. n° 4, p. 13 ; *D.* 2006, p. 1861, note P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY ; *RDC* 2006, p. 1080. La Cour a posé le principe que « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ».

préjudice sur le terrain délictuel. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 1^{er} juillet 2003, a admis qu'un membre du réseau peut agir contre d'autres membres ne respectant pas les stipulations du contrat les liant à l'organisateur du réseau. En l'espèce, la société Anaïs exploitait des fonds de commerce de parfumerie à Pau et à Tarbes. Elle bénéficiait d'une exclusivité territoriale accordée par son fabricant. Se plaignant de la concurrence déloyale qu'auraient exercée deux autres sociétés en ne respectant pas les clauses des contrats de distribution sélective auxquelles elles étaient soumises et en se rendant coupables de pratiques de publicité trompeuse et de dénigrement, la société Anaïs a assigné ces deux sociétés en réparation de son préjudice. La Cour de cassation a posé le principe que « l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle ». Dès lors, selon la Cour, la société Anaïs pouvait « fonder son action en concurrence déloyale sur le non-respect par les sociétés mises en cause »⁷⁷⁹.

Cette solution est satisfaisante dans une structure de réseau comme la franchise où il est nécessaire que chaque membre puisse exiger des autres membres du réseau l'exécution des obligations qu'il assume lui-même. C'est un effet de réseau qui permet à l'un des membres de se prévaloir des obligations pesant sur les autres dès lors qu'il les respecte lui-même⁷⁸⁰. La réponse est toutefois plus délicate lorsque le franchiseur n'accorde pas à tous ses franchisés une zone exclusive.

408. Lorsque seule la victime bénéficie d'une exclusivité. Que l'on songe à une hypothèse dans laquelle le franchiseur accorde une exclusivité territoriale à un premier franchisé sans faire pareillement à un second franchisé. Ce dernier, ne bénéficiant d'aucune exclusivité territoriale et ne subissant par conséquent aucune délimitation géographique, peut en principe servir n'importe quelle clientèle. Au Vietnam, aucune disposition du droit positif ne permet au premier franchisé d'agir directement contre ce second franchisé. C'est à

⁷⁷⁹ Cass. com., 1^{er} juill. 2003, pourvoi n° 99-17183, Bull. IV n° 115 p. 130. Dans le même sens : Cass. com., 11 janv. 2005, pourvoi n° 02-10566 ; RDC 1 juill. 2005 n° 3, p. 768, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. Après avoir rappelé que « l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité contractuelle », la Haute juridiction a statué qu'« un réseau unique de distribution sélective peut être constitué par l'intermédiaire de filiales du fournisseur, chargées de conclure les contrats avec les distributeurs sélectifs de chaque territoire. Chaque distributeur membre du réseau peut alors se plaindre de la vente des produits par un distributeur hors réseau qui refuse d'indiquer ses sources d'approvisionnement ».

⁷⁸⁰ J.-M. LELOUP, *La franchise. Droit et pratique*, 4^{ème} éd. Delmas, 2004, p. 82.

l'encontre de son franchiseur qu'il doit agir pour lui demander de respecter l'exclusivité déjà accordée. La réponse doit être de même en droit français, le franchiseur ayant commis une faute contractuelle en ne garantissant pas à son franchisé le monopole promis. Il a été jugé qu'en matière de bail, le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation⁷⁸¹. A la différence du droit vietnamien où le droit d'agir ne peut être exercé qu'à l'encontre du propriétaire-bailleur, il peut l'être en France directement à l'encontre du tiers. Selon un auteur, « aucune vie sociale ne serait possible si chacun était fondé à ignorer ce que fait autrui »⁷⁸². En effet, la Cour de cassation a précisé en matière de bail que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »⁷⁸³.

409. Lorsque l'auteur de la faute est un tiers au contrat, la réponse est délicate. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 janvier 2003 fournit une illustration. En l'espèce, après avoir constaté la vente par des tiers de produits démarqués du franchiseur sur les territoires concédés, le franchisé a assigné celui-ci en résolution des contrats et en paiement de diverses sommes. Pour faire valoir sa demande, le franchisé a argumenté que son franchiseur n'avait pas pris « toutes les précautions pour garantir l'étanchéité de son réseau ». Ce manque de précautions s'est traduit par la vente par des soldeurs de vêtements sur les territoires qui lui avaient été concédés. Le franchisé a également soutenu que même dégriffés ces vêtements étaient reconnaissables par la clientèle puisque la vente avait été effectuée à une très faible distance des boutiques franchisées. Cette argumentation n'avait toutefois convaincu ni les

⁷⁸¹ Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, JCP 2006, II, 10119, obs. O. DESHAYES ; RDC 2006, p. 1154, obs. J.-B. SEUBE et p. 1051, obs. M. MEKKI ; RTD civ., 2006, p. 553, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2007, p. 267, obs. D. MAZEAUD, p. 295, obs. G. VINEY, et p. 419, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. Dans une décision ultérieure, en date du 3 mai 2007, la même chambre a avalisé une seconde stratégie d'attaque en jugeant que le locataire était fondé à obtenir la résolution de sa propre obligation de non-concurrence, stipulée dans son bail, en faisant valoir l'inexécution par son bailleur de l'obligation que ce dernier avait de faire respecter l'obligation de non-concurrence par les autres locataires (Cass. 3^{ème} civ., 3 mai ; 2007, pourvoi n° 06-11591 ; RDC 2007, p. 1210, obs. J.-B. SEUBE ; RDC 2008, p. 272, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2007, 10179, note M. ROUSSILLE ; D. 2007, p. 2068, note J. ROCHFELD ; Contrats, conc. cons., 2007, comm. 181, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁷⁸² M. GRIMALDI, « Le contrat et les tiers », in « Libre propos sur les sources du droit », mélanges JESTAZ, Dalloz, 2006, n° 13, p. 174.

⁷⁸³ Cass. 3^{ème} civ., 13 juill. 2010, pourvoi n° 09-67516 ; JCP E 2010, n° 51, p.31, obs. P. MOUSSERON ; Contrats, conc. cons., 2010, n° 11, p.10, note L. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2010, n° 304, p.16, obs. D. HOUTCIEFF ; RDC janv. 2011 n° 1, p. 65, obs. T. GENICON.

juges du fond⁷⁸⁴, ni la Haute juridiction qui a relevé que « ces actes ne peuvent constituer à eux seuls des manquements de nature à justifier la rupture unilatérale des liens contractuels »⁷⁸⁵.

410. Quoi qu'il en soit, l'exclusivité territoriale ne peut être la contrepartie de l'exclusivité d'approvisionnement que si elle est respectée par tous les membres du réseau. Il paraît toutefois que cette contrepartie est remise en cause depuis que l'on est entré dans l'ère de l'informatique avec le développement rapide du commerce électronique.

Section 2 : La remise en cause de l'exclusivité territoriale par l'Internet

411. Disparition de frontières. Si le recours à l'Internet est si convoité par les commerçants, c'est parce qu'il présente de nombreux avantages. Ces derniers peuvent faire de l'Internet un outil de promotion, de publicité, d'informations instantanées sur les marchandises proposées qui facilite le contact avec un nombre élargi de clients potentiels, sans souci des frontières⁷⁸⁶. Le cybercommerce apporte donc une dimension mondiale à la vitrine du commerçant⁷⁸⁷. Il s'agit d'un outil particulièrement important pour les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas assez de moyens pour faire de la publicité par l'intermédiaire des canaux traditionnels tels que la télévision ou la presse.

La vente sur l'Internet connaît un développement spectaculaire également parce qu'il présente des avantages important pour les consommateurs. Ce type de commercialisation « sans papier » (*paperless commerce*) permet à son utilisateur d'économiser du temps et de l'argent. Avantage temporel, en ce sens que les offres sur Internet deviennent permanentes. Ces offres sont détachées des règles relatives aux jours et heures d'ouverture des magasins. Les échanges d'offres et de contre-offres, la transmission des commandes ainsi que la possibilité de paiement direct en ligne sont immédiats⁷⁸⁸. C'est ainsi que l'achat en ligne d'un

⁷⁸⁴ CA Lyon, 19 nov. 1999.

⁷⁸⁵ Cass. com., 14 janv. 2003, pourvoi n° 00-11253.

⁷⁸⁶ M. VIVANT, « Internet et distribution sélective », JCP *E* 2000, p. 1232.

⁷⁸⁷ R. FABRE, « Les contrats de distribution et Internet à la lumière du règlement communautaire », *D.* 2001, p. 461.

⁷⁸⁸ S. ALMA-DELETTRE, J.-Cl. com. Fasc. 815, *op. cit.*, Dans le même sens, D. FERRIER, « La distribution sur l'Internet », Cah. dr. entr. 2000, n° 2, p. 12, n° 1. L'auteur observe que « la vente sur l'Internet [...] apparaît comme la forme la plus achevée et la plus dynamique de distribution des produits ou services ».

billet d'avion permet à l'acheteur de gagner 7% en terme de temps par rapport à l'achat par le biais de télécopie⁷⁸⁹. Avantage financier, parce que les frais des transactions sont beaucoup moins élevées que celles que l'on doit payer dans le commerce classique (déplacement, télécopie, téléphone...). L'économie faite par le distributeur fait également baisser le prix proposé. C'est ainsi que, pour le même achat d'un billet d'avion, un acheteur « traditionnel » doit payer 10 USD pour les frais de transactions, alors qu'un cyber acheteur doit payer seulement 1 USD⁷⁹⁰. Il n'est pas étonnant dans ce contexte qu'en 2008, 22 millions de Français ont acheté en ligne et 97 % d'entre eux sont satisfaits de leurs achats⁷⁹¹, que de 50% à 70 % des internautes consultent un site e-commerce avant d'acheter en magasin car ils y trouvent les informations, les prix et les évaluations des clients⁷⁹².

Le commerce électronique crée également de la richesse à la société. En effet, depuis l'an 2000, la contribution d'Internet à la croissance de l'économie française s'est accélérée : 10% au cours des 15 dernières années, 20% pendant la période 2005-2009 et 25% entre 2009 et 2010. En l'espace de 15 ans, Internet a permis la création nette de 700.000 emplois, soit un quart du total des créations nettes d'emplois en France pendant cette période⁷⁹³.

412. Inconvénients. Mais toute médaille a son revers⁷⁹⁴. Dans le contexte de la franchise, la disparition des frontières, un avantage tant pour le franchiseur que pour le franchisé dans la mesure où chacun peut recourir à Internet comme un moyen de commercialisation des produits et des services, pourrait se transformer en désavantage. Désavantage pour le franchisé parce que son exclusivité n'est plus réelle. Désavantage pour le franchiseur parce qu'il est exposé à des risques de perte de l'étanchéité et de l'homogénéité de son réseau. Dans la société moderne, il semble que la bonne renommée s'établit lentement alors qu'une

⁷⁸⁹ NGUYEN Van Thoan, *La conclusion et l'exécution des contrats électroniques dans le contexte de l'intégration économique internationale du Vietnam (Ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế)*, th. Hanoi 2010, p 1.

⁷⁹⁰ NGUYEN Van Thoan, *ibid.* De même, selon une étude réalisée par T. PENART et S. LARRIBEAU en 2001, les prix de la vente en ligne de CDs pendant la période allant de mai à octobre 2000 en France étaient en moyenne inférieurs aux prix en magasin, de l'ordre de 7 à 10 %. Cité par M. BEHAR-TOUCHAIS in « Internet, entente et abus de position dominante », Comm. Com. électr. n° 9, sept. 2007.

⁷⁹¹ Selon une étude réalisée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) publiée in « Le Réseau de surveillance de l'Internet : le bilan 2007 – avril 2008 ».

⁷⁹² Documents de travail de la Commission européenne, Report on cross-border e-commerce in the EU, SEC (2009).

⁷⁹³ « Impact d'Internet sur l'économie française. Comment l'Internet change notre pays », étude réalisée et publiée en mars 2011 par McKinsey&Company.

⁷⁹⁴ Un auteur a remarqué que le commerce électronique « peut sonner le glas de l'exclusivité territoriale dans les contrats de distribution ». Cf. M. CHANY, note sous Cass. com., 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14.639 ; JCP 2006. I. 153.

mauvaise réputation se répand beaucoup plus vite et peut devenir mondiale en quelques heures à cause d'Internet⁷⁹⁵.

413. Il n'est donc pas étonnant que le commerce électronique ait attiré l'attention de l'Organisation Mondiale du Commerce et de la Commission européenne pendant ces dernières années. Ces deux institutions ne définissent toutefois pas ce type de commercialisation mais se contentent de le caractériser. Ainsi, la loi type de la CNUDCI⁷⁹⁶ sur le commerce électronique et le Guide pour son incorporation de 1996, tel qu'adopté en 1998 avec le nouvel article 5 bis, cherche à éclairer certaines notions telles que « message de données »⁷⁹⁷ et « échange de données informatisées »⁷⁹⁸. La Commission européenne, quant à elle, considère Internet comme « 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 » et qu' « en principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits »⁷⁹⁹. Le Vietnam a adopté une première loi régissant les transactions électroniques⁸⁰⁰ qui ne définit toutefois pas le commerce électronique. En France, le commerce électronique désigne « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »⁸⁰¹. La doctrine, quant à elle, s'accorde à dire que le commerce électronique désigne « l'ensemble des transactions commerciales effectuées par voie électronique, par le biais d'offres diffusées sur le réseau Internet, soit à partir du site d'un vendeur, soit par courriers électroniques échangés entre contractants potentiels »⁸⁰².

⁷⁹⁵ Tel fut le cas du réseau des restaurants de KFC. En août 2011, on a découvert qu'un restaurant KFC à Pékin, en Chine a utilisé de l'huile de mauvaise qualité pour la préparation des plats. La mauvaise nouvelle, mise en ligne par la presse locale, a immédiatement fait des retentissements dépassant des frontières chinoises. Le patron d'un restaurant KFC basé sur la ville de Hanoi, Vietnam, nous a fait savoir que son chiffre d'affaires a été chuté de 15%.

⁷⁹⁶ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

⁷⁹⁷ Art. 2.a

⁷⁹⁸ Art. 2.b

⁷⁹⁹ Point 52 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010.

⁸⁰⁰ Loi n° 51/2005/QH11 du 29 nov. 2005, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006. Mais cette loi ne traite pas la question de la légitimité de la vente en ligne.

⁸⁰¹ Art. 14, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO 22 juin 2004.

⁸⁰² S. ALMA-DELETTRE, *La « cyberdistribution »*. – Réseaux de distribution sur Internet et droit de la concurrence. – Mise en place de la distribution en ligne. – Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur Internet, J.-Cl. com. Fasc. 815, 15 mars 2011. Dans le même sens : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Internet, entente et abus de position dominante », Comm. Com. électr. n° 9, sept. 2007, étude 19.

414. Plan. Au Vietnam, ni la loi sur la concurrence, ni son décret d'application ne traitent le problème de la vente en ligne. En l'absence d'un dispositif spécifique à la matière, il semble que rien ne fait obstacle⁸⁰³ à ce qu'un commerçant ait recours à l'Internet pour écouler ses produits, que ce soit de façon passive ou active, ces notions n'existant d'ailleurs pas. Les risques sont donc réels pour chacun des franchisés de voir son exclusivité violée par un autre franchisé ou par le franchiseur lui-même. Les franchisés, quant à eux, cherchent aussi à utiliser l'Internet pour optimiser leurs investissements⁸⁰⁴. On peut dès lors imaginer une prolifération des sites Internet créés par chaque membre. Il ne serait pas question ici d'évoquer les problèmes techniques de la vente en ligne, ni d'exposer toutes les difficultés qu'elle soulève⁸⁰⁵, mais seulement d'étudier le fait qu'elle risque de remettre en cause l'exclusivité territoriale. Dans cette perspective, avant d'envisager une conciliation des intérêts (§ 2), il convient d'analyser les dangers guettant l'exclusivité territoriale (§ 1).

§ 1. Les dangers guettant l'exclusivité territoriale

415. Plan. Internet pourrait être un couteau à double tranchant. Il présente un danger tant pour le bénéficiaire d'une exclusivité territoriale (A) que pour son débiteur (B).

A. L'atteinte au créancier de l'exclusivité

416. Puisque Internet est un instrument puissant, le refuser c'est se priver de la possibilité d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients⁸⁰⁶. Mais présenter des

⁸⁰³ Ainsi, l'article 4 « Principe de la liberté contractuelle » qui est figuré dans le Chapitre II « Principes fondamentaux » du Code civil de 2005, précise qu'à défaut de prescriptions légales, les parties peuvent convenir, de leur propre volonté, de la constitution et de la création de droits et obligations civil. Ce droit de s'engager librement « est garanti par la loi, à condition que l'engagement ou la convention en cause ne viole pas les interdictions légales et ne soit pas contraire à la morale sociale ». De son côté, l'article 2 de la loi commerciale de 2005 reconnaît à tout commerçant « le droit d'exercer les activités commerciales dans les secteurs d'activités et les zones géographiques, sous les formes et selon les modalités qui ne sont pas prohibées par la loi » (al.2). Ce droit est protégé par l'Etat (al.3).

⁸⁰⁴ En 2009, 50% des entreprises vietnamiennes avaient un site internet. 81% d'entre elles ont fait des transactions sur l'internet, soit pour acheter, soit pour vendre leur produit. Le nombre des E-commerçants devrait s'établir à 38,9% en 2010, selon les sondages réalisés par NGUYEN Van Thoan dans le cadre de sa thèse, *op.cit.*, p. 146, 174. Selon un autre sondage réalisé en 2007 par la société IBM et cité par le même auteur, le nombre des internautes au Vietnam est de 22,6% de la population, alors que la moyenne mondiale n'est que de 19,1%. Le commerce électronique connaît une croissance annuelle de 25-30% pour la période de 2010-2015.

⁸⁰⁵ Telles que la détermination de la loi applicable ou du juge compétent, la protection des droits de propriété intellectuelle.

⁸⁰⁶ Point 52 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010.

produits sans en proposer la vente, c'est « faire vendre les concurrents »⁸⁰⁷. La tentation est alors grande pour le franchiseur de recourir à cet outil non seulement pour promouvoir sa marque mais encore pour commercialiser ses produits dans l'espace virtuel qui ne connaît pas de frontière, alors même qu'il a accordé à chacun de ses franchisés une exclusivité territoriale. Si dans le cadre d'une distribution traditionnelle, les clients se rendent chez le revendeur le plus proche, cette tendance naturelle n'existe pas dans le cadre de la cyber-distribution. La clientèle n'est en fait assujettie ni à une contrainte géographique ni à une contrainte temporelle. La vitrine électronique du franchiseur touche tout client potentiel sans aucune distinction géographique et empiète donc nécessairement sur les zones réservées à chacun des autres franchisés. Ce recours mettrait en cause la contrepartie de l'obligation d'approvisionnement imposée aux franchisés, puisqu'il paraît vain de vouloir circonscrire localement la distribution quand, dans le même temps, elle se déploie globalement par le biais d'Internet⁸⁰⁸. Or, la bonne foi et la loyauté contractuelle, principes de base reconnus tant en France qu'au Vietnam, s'opposent à ce que le franchiseur spolie ses franchisés de leur clientèle à son propre profit. C'est ainsi que certains tribunaux français ont cherché, mais en vain, à sanctionner ce comportement égoïste du franchiseur.

417. La protection de l'exclusivité du franchisé. Adoptant une telle analyse, la Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt rendu le 26 février 2003, a retenu que l'exclusivité territoriale dont bénéficiait un franchisé s'opposait à la création d'un site marchand par le franchiseur. En l'espèce, aux termes d'un contrat de franchise signé le 24 mars 1998, la société Flora Partner (le franchiseur) a concédé à la société Laurent X... Rouvelet-LPR (le franchisé) le droit exclusif d'exploiter jusqu'au 24 octobre 2003, sous la marque, l'enseigne et, avec les techniques « Le Jardin des fleurs » un magasin situé dans le sixième arrondissement de Marseille. Ce contrat stipulait : « l'exclusivité territoriale implique que le franchiseur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente Le Jardin des fleurs dans le territoire d'exclusivité susmentionné, en dehors de celui du franchisé ». Or, en 1999, le franchiseur a ouvert un site Internet de distribution directe sous l'enseigne « Le Jardin des fleurs » (www.lejardindesfleurs.com) grâce auquel il pouvait honorer des commandes venues de la France entière. Estimant que le franchiseur avait violé la

⁸⁰⁷ Propos d'Eric POSTULKA à la réunion sur Internet et Franchise organisée par la Fédération française de la franchise le 7 mars 2000, cité par J.-M. LELOUP, in *La franchise. Droit et pratique*, 4^{ème} éd. Delmas 2004, p. 76.

⁸⁰⁸ C. MANARA, « Web et distribution sélective : réseau contre réseau ? », *D.* 1999, act. jurispr. p. 725, spéc. p. 728.

garantie contractuelle d'exclusivité, le franchisé a assigné celui-ci en résiliation du contrat de franchise et en paiement de dommages-intérêts. Les juges girondins lui ont donné pleine satisfaction en relevant, d'une part, que « l'obligation d'exclusivité territoriale est essentielle pour le franchisé afin de protéger son investissement et assurer sa réussite commerciale » et, d'autre part, que « même en considérant qu'il s'agit d'une vente passive, puisque le client visite le site du franchiseur, la vente par Internet porte atteinte à l'exclusivité du franchisé dès lors qu'elle est réalisée sans contrepartie financière pour le franchisé, qui cependant contribuait au fonctionnement du site par prélèvement effectué sur la redevance communication réglée par lui par le franchiseur »⁸⁰⁹. Si le premier argument de la Cour est contestable⁸¹⁰, le deuxième pourrait être considéré comme un élément de réponse à la question de savoir si le franchiseur peut créer un site Internet unique dans l'intérêt du réseau. Un raisonnement *a contrario* permet en effet de dire que la création d'un site Internet par le franchiseur pour vendre ses produits avec les concours financiers de ses franchisés, alors même qu'il existe une obligation d'exclusivité territoriale le liant avec ses franchisés, serait valable si le bénéfice qui peut en découler était partagé par tous les membres du réseau⁸¹¹.

418. L'échec de la protection de l'exclusivité du franchisé. Malheureusement, la Cour de cassation⁸¹² n'a pas partagé ce point de vue. Elle a en effet censuré cet arrêt en relevant que « la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé ».

⁸⁰⁹ CA Bordeaux, 26 févr. 2003, S.A FLORA PARTNER c/SARL ECO FLOR, JurisData n° 2003-217863 ; A. LECOURT, « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », *D.* 2004, p. 623 ; N. CASTAGNON, « Internet et réseaux de distribution », *Contrats, conc. cons.*, 2003, chron. 10 ; P. STOFFEL-MUNCK, « L'exclusivité territoriale du franchisé triomphe du site Internet du franchiseur », *Comm. com. électr.* n° 12, déc. 2004, comm. 160.

⁸¹⁰ Antérieurement, la Cour de cassation n'a pas considéré l'exclusivité comme un élément essentiel du contrat de franchise. Cf. Cass. com., 16 janv. 1990, pourvoi n° 88-16421 ; O. GAST, « La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise ? », *LPA*, 29 juill. 1987, p. 29.

⁸¹¹ La solution n'est toutefois pas nouvelle. Mme BESOUSSEN, dans son article intitulé « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance » (*D.* 2000, p. 629) a préconisé des règles de coexistence entre la vente traditionnelle et la vente en ligne qui pourront être mises en place par le franchiseur pris en sa qualité d'organisateur du réseau, ou même par les franchisés qui peuvent se regrouper, pour la cause, en association. Selon l'auteur, « le gestionnaire du site internet devra alors rémunérer le franchisé local pour ses diligences de livraison, de conseil éventuel voire même de service après-vente. L'existence de visages humains en amont des sites sera sans doute un facteur de développement du commerce électronique dans les réseaux de franchise ».

⁸¹² Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; *JCP E* 2006, 1902, note P.-M. REVERDY ; *JCP E* 2007, 1084, note S. ALMA-DELETTRE ; *D.* 2006, p. 1901, note H. KENFACK ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 98 note C. CHABERT ; *Gaz. Pal.* 19 juill. 2006, p. 37, note D. L'HENORET-MARCELLESI ; *RDC* 2006 n° 3, p. 786, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Contrats, conc. cons.*, n° 5, mai 2006, comm. 82, note MALAURIE-VIGNAL.

Est-il alors permis de penser que même si le franchiseur avait sollicité par courriel directement les clients de son franchisé, il n'aurait pas violé l'exclusivité territoriale de son franchisé ? Pour Mme VANART, le rejet de la qualification d'un site en un établissement commercial est pour le moins paradoxal, parce qu'elle voit dans le site marchand « une sorte de « point de vente mobile » consultable en tous les points du globe »⁸¹³. Une partie de la doctrine a ainsi préféré distinguer la vente par Internet et la vente sur Internet. En effet, selon M. FERRIER, la distribution par Internet correspond à « un usage de l'Internet comme moyen de communication, analogue au téléphone ou au télécopieur, utilisable dans un point de vente (physique ou sur Internet) pour opérer des ventes à distance ou des démarchages à domicile »⁸¹⁴. La distribution sur Internet, quant à elle, est celle dans laquelle l'Internet est utilisé comme « un support d'un point de vente analogue à un fonds de commerce en ce qu'il vise à attirer de façon autonome et durable une clientèle propre et déterminée, par la présentation d'une offre commerciale sur un « site » où se trouve exercée l'activité de distribution grâce à la mise en œuvre d'éléments corporels et incorporels »⁸¹⁵. Il est possible ensuite de déduire de cette distinction que seule la seconde est interdite dans le souci du respect de l'obligation d'exclusivité territoriale.

419. Quoi qu'il en soit, chaque commerçant doit être libre de recourir à Internet comme moyen de promouvoir sa marque et vendre de façon passive⁸¹⁶ ses produits sans porter

⁸¹³ J. VANART, « Dessesins européens pour la distribution en ligne », *Rev. Lamy conc.* 2009, n° 21.

⁸¹⁴ D. FERRIER, « La distribution sur Internet dans le cadre d'un réseau », *D.* 2006, p. 2594.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ Par « vente passive », la Commission entend le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire.

Par « vente active », qui seule est interdite, on entend « le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il était intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs ». (Point 51 Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01).

atteinte à l'accord organisant une exclusivité territoriale. Cette règle vaut tant pour le franchiseur que pour les franchisés⁸¹⁷. Le risque guette alors l'étanchéité et l'image du réseau.

B. L'atteinte au réseau

420. L'atteinte à l'étanchéité du réseau. Il est de l'étymologie même du mot : l'exclusivité appelle l'exclusion des tiers⁸¹⁸. Une franchise organisée en réseau avec l'exclusivité territoriale et l'exclusivité d'approvisionnement est donc de principe étanche⁸¹⁹, sa structure visant à éviter l'approvisionnement des tiers⁸²⁰ en établissant des frontières pour empêcher les pénétrations ainsi que les sorties. Or, le risque de désintégration deviendrait réel, le cyberspace ne connaissant pas de frontière. Ce moyen virtuel favorise la dépersonnalisation, rend possible à un tiers au réseau de se fournir en marchandises en principe indisponibles et lui permet de multiplier l'achat de petites quantités... sans éveiller l'attention par une commande disproportionnée ou anormale⁸²¹. Il peut donc apporter de l'eau au moulin des comportements égoïstes de chacun des membres du réseau qui sont, somme toute, poussés par le souci du bénéfice.

421. L'atteinte à la cohésion du réseau. Il semble naturel que chacun des franchisés cherche à créer un site pour vendre ses produits, ce qui est toutefois susceptible d'engendrer au sein du réseau une hétérogénéité. Puisque le franchisé est un commerçant indépendant, il peut librement fixer les offres électroniques et leur contenu. La discordance qui en résulterait nuirait à la cohérence de la politique commerciale du groupe et à l'image de la marque⁸²².

Le franchiseur, soucieux de prévenir ce risque, tentera de stipuler une clause pour restreindre la liberté de ses franchisés au motif que cette technique de vente serait incompatible avec l'image de marque du réseau. Au Vietnam, une telle interdiction ne contredit aucune disposition du droit positif. En France, en revanche, elle a été considérée

⁸¹⁷ CA Paris, 4 déc. 2008, Juris-Data n° 2008-006263 ; Contrats, conc. cons., 2009, comm. 99, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸¹⁸ Dictionnaire Le Petit ROBERT, éd. de 2002.

⁸¹⁹ G. PERLEANI, art. préc. p. 79.

⁸²⁰ C. MANARA, « Web et distribution sélective : réseau contre réseau ? », *D.* 1999, p. 725.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² N. CASTAGNON, « Internet et réseaux de distribution. Lequel des deux contractants doit-il solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site Internet ? », Contrats, conc. cons., 2003, chron. 10.

comme une restriction caractérisée, de nature à invalider le réseau au titre des pratiques anticoncurrentielles⁸²³.

Ainsi, dans une espèce récente concernant la distribution des produits pharmaceutiques, un fournisseur a imposé à ses distributeurs de justifier la présence physique et permanente dans son point de vente d'au moins une personne spécialement qualifiée pour donner des conseils aux clients. Il leur a également imposé de ne vendre les produits que « dans un point de vente matérialisé et individualisé »⁸²⁴. Cette clause a été considérée par le Conseil de la concurrence comme restrictive « de la liberté commerciale de ses distributeurs ». Elle doit alors être interdite « bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet ne soit pas expressément visée dans le règlement communautaire, elle équivaut à une interdiction de ventes actives et passives et qu'en conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue en vertu du c) de l'article 4 du règlement une restriction caractérisée, qui peut bénéficier de l'exemption automatique du règlement ». Le Conseil a décidé que le fournisseur devait supprimer de ses contrats de distribution sélective toutes les mentions équivalant à une interdiction de vendre sur Internet ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à un tel mode de distribution. Le Conseil a toutefois réservé au fournisseur le droit d'encadrer la construction des sites Internet de son réseau de distribution en prévoyant des critères de présentation ou de configuration des sites. Le fournisseur, pour obtenir l'annulation de cette décision, a prétendu entre autres que « la pratique était objectivement justifiée, d'une part par la volonté de garantir le meilleur niveau de conseil pour le consommateur au regard de la nature des produits en cause, en garantissant de surcroît le respect de la réglementation de santé publique concernant les produits cosmétiques et, d'autre part, par le souhait de prévenir les risques, particulièrement élevés de contrefaçon, inhérents à la nature des produits en cause »⁸²⁵. La Commission européenne, quant à elle, a souhaité intervenir devant la Cour d'appel en tant qu'*amicus curiae* en concluant à l'existence d'une restriction caractérisée par son objet même, qui ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, mais est susceptible

⁸²³ Cons., conc. 5 oct. 2006, déc. n° 06-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels *Hi-fi* et *Home* cinéma.

⁸²⁴ Art. 1.2 du contrat litigieux.

⁸²⁵ Il serait judicieux de noter que cette société a gagné un procès dont les faits étaient semblables. La Cour d'appel de Versailles a en effet validé la clause interdisant aux distributeurs de commercialiser des produits cosmétiques en ligne en relevant que « la commercialisation par l'intéressé de ce site nuit à l'ensemble du réseau et déprécie l'image de marque des produits dermo-cosmétiques, en général, et des produits fabriqués sous les marques de la S.A. Pierre Fabre Dermo Cosmétiques, en particulier ». Cf. CA Versailles, 2 déc. 1999, Alain B. c/ Pierre Fabre, Juris-Data n° 1999-142514.

malgré tout de bénéficier d'une exemption individuelle⁸²⁶. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Paris⁸²⁷ a posé à la CJCE la question préjudicielle de savoir « si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finaux imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 101, § 1, du Traité, échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 101, § 3, du Traité ». Cette question se subdivise en fait en trois questions. D'une part, une interdiction générale et absolue de vendre sur Internet des produits contractuels aux utilisateurs finaux, imposée à des distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, a-t-elle pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE ? D'autre part, pareille restriction peut-elle bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999 ? Enfin, dans l'hypothèse où elle ne peut pas bénéficier d'une exemption par catégorie, la restriction en question peut-elle faire l'objet d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE ?

Par un arrêt rendu le 13 octobre 2011, la Cour a jugé qu' « une clause contractuelle interdisant *de facto* Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finaux, sans qu'Internet puisse être considéré comme « un lieu d'établissement non autorisé » au sens du règlement d'exemption »⁸²⁸.

Les franchiseurs doivent donc permettre de manière systématique à leurs franchisés d'utiliser l'Internet pour diffuser les produits ou les services.

422. En bref, le droit de la concurrence vietnamien ne donne aucune indication sur la possibilité de recourir à Internet comme un moyen de commercialisation des produits ou des services. En l'absence d'un droit spécifique, l'autonomie contractuelle reprend son pouvoir. A cet égard, le franchiseur a toute latitude d'interdire, par une stipulation contractuelle, à son franchisé de créer un site Internet pour vendre des produits ou des services contractuels. Il n'en est pas de même en France où le franchiseur et le franchisé sont libres, en dépit de

⁸²⁶ Rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence en France, soumis par la France au Comité de la concurrence pour information à sa réunion des 27 - 28 octobre 2010.

⁸²⁷ CA Paris, 29 oct. 2009, Juris-Data n° 2009-013747 ; JCP *E* n° 49, 3 déc. 2009, act. 571, aperçu rapide par C. VILMART ; Contrats, conc. cons., 2009, comm. 287, M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸²⁸ CJUE 13 oct. 2011, n° C-439/09, JO C 355 du 3 déc. 2011, p. 3-4.

l'engagement d'exclusivité qui les lie, de recourir à Internet pour commercialiser des produits pourvu qu'il s'agisse de ventes passives. Seule la vente active y est considérée comme une atteinte à l'exclusivité territoriale contractuelle.

423. Dès lors la question qui se pose est celle de savoir comment on peut concilier, d'une part, l'intérêt légitime du franchisé de commercialiser les produits sur l'Internet et, d'autre part, le souci du franchiseur de préserver l'image du réseau qui risque d'être avili par la prolifération des sites disparates. Un élément de réponse se trouve déjà dans la décision du Conseil de la concurrence qui a en effet ouvert la voie au promoteur du réseau de concilier ces intérêts *a priori* conflictuels en lui réservant le droit d'encadrer la construction des sites Internet de son réseau de distribution. Le franchiseur doit jouer pleinement son rôle de garant de l'identité du réseau pour son propre intérêt sans compromettre toutefois celui de ses partenaires. On pressent ici le solidarisme contractuel⁸²⁹ selon la devise *Un pour tous et tous pour un*⁸³⁰.

§ 2. La conciliation des intérêts

424. Plan. Deux possibilités s'ouvrent au franchiseur. Soit il crée un site unique dans lequel chaque franchisé a une page, une sorte de portail électronique (A), soit il laisse à ses franchisés le soin de créer eux-mêmes leur propre site mais se réserve le droit de contrôle (B). C'est en fonction de la nature de franchise que le franchiseur peut opter pour une des deux techniques.

A. Un site unique au profit de tous

425. Afin de prévenir la prolifération des sites hétérogènes, mettant ainsi en cause l'identité du réseau, le franchiseur tentera de créer un seul site au profit de l'ensemble de ses franchisés⁸³¹. Ce site pourra se concevoir comme une plate-forme de vente en ligne gérée par le franchiseur, ou un portail à partir duquel chaque franchisé a une page dont l'ergonomie est

⁸²⁹ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Mél. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. MAZEAU, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Mél. F. TERRÉ, PUF, 1999, p. 603

⁸³⁰ Alexandre DUMAS, *Les trois mousquetaires*.

⁸³¹ C'est la solution adoptée par le réseau de franchise *Pho 24*.

la même pour tous. Cette solution permet au franchiseur et aux franchisés de s'ouvrir au commerce électronique, sans remettre en cause la stratégie de marketing et de l'image de marque du franchiseur, ni compromettre l'exclusivité accordée à chaque franchisé. S'il est vrai que l'accès à la page de chaque franchisé doit passer par le portail du franchiseur, cette possibilité ne contredit pas le droit de la concurrence vietnamien. Elle ne déplairait pas la Commission européenne. Ainsi, les lignes directrices n'imposent pas que l'accès à Internet laissé aux distributeurs soit individuel⁸³². Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 janvier 2009 permet de raisonner en ce sens.

L'espèce concerne un contrat de franchise aux termes duquel le franchiseur devait mettre un site commun à la disposition de son franchisé, lequel était interdit de créer son propre site. En dépit de cette stipulation, un franchisé a créé un site Internet de vente, ce qui avait pour sanction la résiliation du contrat par le franchiseur. Devant la Cour d'appel de Paris, le franchisé a argumenté que le site commun au réseau était verrouillé par le franchiseur. Malheureusement, son argument n'a pas été accueilli par la Cour qui a relevé « que la société Andyco a créé un site Internet de vente, contrairement à l'interdiction qui lui en était contractuellement faite, qu'elle ne saurait échapper à cette obligation en alléguant, sans toutefois le démontrer, que le site commun au réseau serait en fait « verrouillé » par le franchiseur »⁸³³.

Il ressort des termes de l'arrêt que seul un verrouillage du site commun, s'il y en a, est sanctionné. Le site commun lui-même n'est pas mis en cause. Les juges parisiens ont montré au contraire une faveur envers ce site commun, non seulement en rejetant l'argumentation du franchisé tendant à voir déclarer non-écrite la clause litigieuse, mais encore en faisant peser sur le franchisé la charge de la preuve du fait que le site présenté comme commun bénéficiait au seul franchiseur. Là encore, l'intérêt commun est supérieur à l'intérêt propre de chaque membre du réseau. Ainsi, un site commun ne pourrait pas être contesté lorsque le franchiseur verse au franchisé une commission ou un pourcentage du chiffre d'affaires de vente,

⁸³² V. sur ce point, S. ALMA-DELETTRE, *La « cyberdistribution »*. – Réseaux de distribution sur Internet et droit de la concurrence. – Mise en place de la distribution en ligne. – Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur Internet, J.-Cl. com. Fasc. 815, 15 mars 2011 ; D. BASCHET, *op. cit.*, p. 353 ; O. GAST et O. RENAUD, « Internet en toute franchise : Quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ? », LPA, 22 août 2001 n° 167, p. 4. V. toutefois C. COLLARD et C. ROQUILLY, « Réseaux de distribution et commerce électronique, proposition d'analyse juridique » in « Les premières journées internationales du droit du commerce électronique », Litec 2002, p. 239, spéc. p. 251, n° 7. Selon les auteurs, « ce serait là prendre un risque très élevé au regard du droit communautaire de la concurrence ».

⁸³³ CA Paris, 21 janv. 2009, RG n° 06/11392.

compensant ainsi la perte que celui-ci a subie⁸³⁴. Cette technique permettra de prévenir les entorses révélées par la doctrine quant à la vente active⁸³⁵.

426. Hormis cette solution qui s'avère contraignante et risque de ne pas être compatible au droit de la concurrence de l'Union européenne qui est en pleine évolution pour ce qui concerne le commerce électronique, le franchiseur peut recourir à une autre qui est plus souple : il peut laisser ses franchisés libres de créer un site, mais garder le droit de contrôle des normes, un droit bien établi tant en France qu'au Vietnam.

B. Chaque franchisé son propre site

427. Rôle du franchiseur. Tout comme pour une vitrine physique qui doit répondre aux critères d'architecture, de décoration, de service de vente..., le franchiseur peut fixer des critères propres à une vitrine virtuelle que tous les franchisés doivent respecter. Il doit définir dans la charte graphique l'ergonomie, les couleurs, le logo, le slogan, l'esthétisme. Le passage de l'espace physique à l'espace virtuel ne change rien quant à l'obligation du franchisé de respecter les normes du franchiseur..Toutefois, cette obligation serait relative lorsqu'il s'agit de franchise internationale. Les présentations pourraient ne pas être les mêmes sur tous les sites, compte tenu des spécificités locales⁸³⁶.

Il serait plus simple que le franchiseur construise lui-même des pages web selon ses propres critères puis les mette à la disposition de ses franchisés sous forme de clé en main. L'homogénéité est ainsi mieux assurée sans compromettre l'indépendance des franchisés qui tiendront le droit de webmaître et pourront mettre à leur gré les offres sur la page.

⁸³⁴ Selon une enquête annuelle sur la franchise réalisée en octobre 2004 par la Banque Populaire, la Fédération Française de la Franchise et le CSA, citée par D. BASCHET (*op. cit.*, p. 353), sur les 14% des franchiseurs qui disposaient d'un site marchand, 32% des franchisés étaient rémunérés, dont 9% par une commission versée par le franchiseur et 7% par une part du chiffre d'affaires généré par le site.

⁸³⁵ En effet, un revendeur astucieux pourrait essayer d'éviter la qualification de vente active en procédant de la manière suivante. Dès lors qu'un consommateur se connecte pour la première fois sur son site web, il lui serait demandé s'il souhaite souscrire à une « newsletter » ou recevoir des offres spéciales. En cas de réponse positive, le consommateur recevrait régulièrement dans sa boîte aux lettres électronique des informations sur les offres. Il sera alors difficile pour le producteur de qualifier cette pratique de « vente active » dans la mesure où c'est le consommateur/internaute qui a sollicité l'envoi des informations. Cf. C. COLLARD, C. ROQUILLY, « Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : Implications en droit communautaire de la concurrence », LPA3 avr. 2002 n° 67, p. 4.

⁸³⁶ C'est ainsi que l'on sait que la présentation du site de *KFC Vietnam* n'est pas identique à celle de *KFC Australie*, ni à celle de *KFC Thaïlande*. Seules les couleurs (rouge et blanche) et les logos sont les mêmes.

428. Mais ces deux techniques, un site commun pour le réseau ou chacun son propre site, ne permettent toutefois pas de résoudre deux difficultés majeures. D'une part, l'Internet fait que la confrontation des offres devient un fait simple et peut se réaliser en temps réel. Un franchisé peut mettre ses collègues dans une situation inconfortable où, pratiquant des prix bas, il est très vite référencé par les sites de comparaison des prix et, par conséquent, pourra attirer plus de clients. Le franchiseur ne peut l'obliger à se retirer systématiquement, car la fixation du prix de revente relève de son indépendance. Cela conduirait à une politique de prix unique pour l'ensemble du réseau et risquerait de contrevenir aux dispositions du droit de la concurrence. D'autre part, il est normal que le franchiseur demande à ses franchisés de présenter leur site en langue d'origine. Or certains pourraient se plaindre en considérant que d'autres parmi eux bénéficient sur Internet d'un champ plus large de prospection du simple fait que certaines langues, par exemple l'anglais, sont comprises par un plus grand nombre de consommateurs. Cette situation inconfortable pourrait notamment arriver en matière de franchise internationale.

429. En bref, l'Internet est un moyen efficace pour écouler des produits ou des services. Il est donc naturel que chacun des contractants l'utilise pour vendre ses produits. Toutefois, la vente en ligne pourrait remettre en cause l'exclusivité territoriale, Internet ne connaissant pas de frontière. Au Vietnam, le droit de la concurrence ne donne aucune indication sur la cyber-distribution. L'autonomie contractuelle prévalant, le franchiseur peut introduire dans le contrat de franchise, qu'il rédige seul, une clause interdisant son franchisé d'effectuer des ventes en ligne. Il prive alors son franchisé d'un moyen efficace d'écoulement des produits. L'analyse de la jurisprudence en France a montré que seule la vente active était interdite. Les franchisés sont libres de créer des sites pour présenter leur commerce et opérer des ventes passives. Cette possibilité risque toutefois de provoquer une profusion de sites disparates, affectant ainsi l'identité du réseau. Ainsi il est nécessaire que le franchiseur crée un site unique pour tous les membres du réseau. De ce fait, chacun des contractants peut satisfaire son propre intérêt sans toutefois nuire à l'intérêt du réseau.

Conclusion du chapitre II

430. En définitive, l'exclusivité territoriale est souvent considérée par le franchisé comme essentielle, voire comme une condition *sine qua non*⁸³⁷ de la signature du contrat de franchise. Elle risque toutefois de contrevenir les règles du droit de la concurrence. C'est ainsi que le franchisé ne peut bénéficier de la protection absolue, alors que le franchiseur a tendance à utiliser des formulations plutôt vagues pour alléger son obligation. Cette attitude n'est pas sanctionnée par le droit positif, alors qu'elle pourrait faire perdre la confiance de la victime. L'exclusivité territoriale n'est donc toujours pas la contrepartie de l'obligation d'approvisionnement exclusif, alors qu'elle se relativise encore plus quand elle est confrontée à Internet, voire « vidée de substance »⁸³⁸.

431. Si Internet n'est plus récent, la vente sur le réseau des réseaux est un phénomène relativement nouveau. On ne dispose pas en l'état d'un recul suffisant pour déterminer un juste milieu. A dire vrai, Internet pourrait être le terrain propice des comportements égoïstes non seulement pour le franchiseur, mais encore pour les franchisés, d'autant plus que les droits en la matière sont en pleine évolution. Le contrôle du respect des normes dans le monde physique n'est déjà pas chose facile, notamment en matière de franchise internationale. Il devient d'autant plus difficile dans l'espace virtuel où une mauvaise réputation peut se répandre au bout du monde en un laps de temps de quelques heures.

⁸³⁷ 15 franchisés au Vietnam ont été interrogés sur l'importance qu'ils accordent à l'exclusivité territoriale. Tous répondent qu'ils ne signeront pas le contrat s'ils ne bénéficient pas de protection territoriale.

⁸³⁸ H. BENSOUSSAN, art. préc.

Conclusion du titre premier

432. Tant en France qu'au Vietnam, l'exclusivité territoriale et l'exclusivité d'approvisionnement ne sont pas considérées comme essentielles du contrat de franchise. Elles sont pourtant très souvent pratiquées. Du point de vue du franchiseur, l'exclusivité d'approvisionnement est un moyen pour lui d'écouler les produits. Quant au franchisé, l'exclusivité territoriale lui est essentielle en ce sens qu'elle lui permet de s'abriter de la concurrence d'autres franchisés.

433. Egoïsmes. Ces exclusivités peuvent toutefois devenir le terrain propice aux comportements égoïstes, nuisant ainsi à l'intérêt commun. En effet, il serait tentant pour un franchiseur d'imposer à son franchisé de ne s'approvisionner qu'auprès de lui pour écouler au maximum les produits qu'il fabrique ou distribue. Dans une telle situation, le franchisé se prive d'autres possibilités d'approvisionnement plus intéressantes et se trouve moins concurrentiel sur le marché. Cette exclusivité empêche également le libre jeu de la concurrence. C'est ainsi que le législateur vietnamien subordonne la validité d'un tel engagement à la préservation de l'homogénéité du réseau de franchise. La jurisprudence française, quant à elle, se montre plus sévère en lui imposant une double condition : la sauvegarde de l'identité commune et l'impossibilité de définir des spécifications de qualité objectives. La question de la détermination du prix n'est toutefois pas bien réglée dans les deux pays. Le contrôle de l'abus en France est difficile à mettre en œuvre, alors que le prix du marché au Vietnam risque d'être introuvable.

L'exclusivité territoriale, quant à elle, est considérée par le franchisé comme essentielle au contrat de franchise. Elle risque toutefois de ne pas être réelle par la tentative du franchiseur de réduire son étendue spatiale par des formulations floues. A l'heure d'Internet, cette protection territoriale risque davantage d'être mise à néant. Internet peut même devenir une source de comportements égoïstes tant de la part du franchiseur que du franchisé. En effet, il serait tentant pour chacun de recourir à ce mode de distribution sans frontières pour écouler ses produits. Le législateur vietnamien ne s'est pas penché sur la question de la vente en ligne. Le franchiseur et le franchisé sont libres d'aménager leur convention. Force est toutefois de constater que le franchiseur est en position supérieure à son franchisé. Il est tentant pour lui d'interdire à ce dernier de recourir à Internet pour vendre ses produits. Les conflits sont alors latents. En France, la jurisprudence cherche à protéger le créancier de l'exclusivité territoriale

en se référant aux textes européens. Elle sanctionne la protection absolue tout en permettant la vente passive. Le risque de perdre l'identité commune du réseau est réel. Dans ce contexte, afin de pérenniser le concept, la poursuite de l'intérêt particulier doit être bridée par l'intérêt commun. Aussi, le franchiseur, en tant qu'organisateur du réseau et garant de son homogénéité, est tenu de se comporter comme un bon père de famille en veillant au respect par tous les franchisés de l'exclusivité consentie. En contrepartie, chaque franchisé doit respecter le code de bonne conduite établi par la tête du réseau.

Cette orientation comportementale ne peut toutefois prévaloir que lorsque le franchiseur et le franchisé sont liés par un contrat, autrement dit lorsqu'ils sont liés par des intérêts réciproques.

Titre second

Les intérêts particuliers

et le maintien de la relation contractuelle

*Partir c'est mourir un peu*⁸³⁹

434. Il est de la nature de toute chose de l'univers que tout ce qui a eu un commencement devra connaître une fin⁸⁴⁰. La philosophie orientale enseigne que tout commencement comporte en soi le germe de sa fin et toute fin peut ouvrir la voie à un nouveau commencement. Le contrat de franchise n'échappe pas à cette logique des choses, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée. Il en est ainsi parce que le franchisé « apprend, change de point de vente, parfois de réseau, revient, multiplie et développe ses unités »⁸⁴¹. Dans le même temps, le franchiseur évolue lui aussi. Son réseau mûrit, vieillit, se renouvelle, meurt ou se regroupe avec d'autres⁸⁴².

435. Plan. Se préparer à une bonne fin constitue ainsi une démarche nécessaire de toute activité. Cela est d'autant plus naturel que dans un contrat dont l'exécution s'inscrit dans le temps tel que la franchise, les contractants, comme a pu le constater M. CADET⁸⁴³, sont un peu dans la situation d'époux qu'un mariage d'amour, ou de raison, auraient unis pour le meilleur comme pour le pire. Lorsque la communauté d'intérêts est bien construite au service de tous, le contrat de franchise est conclu pour le meilleur. Mais étant donné que le franchiseur et le franchisé sont deux personnes différentes, il se peut qu'ils n'aient pas ou

⁸³⁹ E. HARAUCOURT, *Ronde de l'Adieu*, 1891.

⁸⁴⁰ TRINH Xuan Thuan, *Origines : La nostalgie des commencements*, Fayard, 2006. La version vietnamienne a pour l'intitulé *Nguon goc : Nỗi hoài niệm về những thuở ban đầu*, traduit par PHAM Van Thieu et NGO Vu, éd. Trê, 2008.

⁸⁴¹ L.-M. AUGAGNEUR, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », JCP n° 30, 27 juill. 2005, I 158. C'est ainsi que l'on apprend qu'en 2003, la franchise Lynx Optique a été vendue à Krys, Weldom a été rachetée par Leroy Merlin, Lissac a rejoint le giron d'Optic 2000 et Maxauto a été cédée à Norauto. Cf. Fr. Mag, févr./mars 2004, p. 22.

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice » in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », PUAM, 1990.

plus, pendant la vie à deux, le même point de vue. Par conséquent, les moyens qu'ils mettent en œuvre pour maintenir cette communauté d'intérêts seraient différents. Les querelles et les disputes peuvent alors survenir. Cela peut aller jusqu'à ce que le contrat devienne un carcan pour une partie. La tentation sera alors grande pour elle de « quitter le théâtre contractuel »⁸⁴⁴ en cédant le contrat (Chapitre I) ou en le rompant (Chapitre II).

⁸⁴⁴ L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. MALAURIE, th. Paris II, Economica, 1984, n° 138, p. 106.

Le contrat de franchise est souvent conclu pour une durée déterminée et expire à l'arrivée de son terme sauf si une reconduction tacite est expressément prévue. Selon une enquête réalisée par la Banque populaire-la FFF-le CSA en octobre 2004, citée par D. BASCHET (*op. cit.*, p. 394), la durée moyenne des contrats de franchise est de 5-6 ans. En France, la durée du contrat est fixée par la loi. Ainsi, un contrat de franchise contenant une clause d'exclusivité ne doit pas avoir une durée dépassant 10 ans, conformément à l'article L. 330-1 du Code de commerce. Il est de jurisprudence constante que, sous l'empire de la liberté d'exercice professionnel, un franchiseur ou un franchisé qui ne renouvelle pas un contrat de franchise à expiration est libre de s'établir où bon lui semble, l'engagement perpétuel étant d'ailleurs interdit. La Cour de cassation a en effet pris soin d'affirmer de façon claire que « le non-renouvellement d'un contrat de concession venu à l'expiration est un droit pour le concédant qui n'engage sa responsabilité qu'en cas d'abus dans l'exercice de ce droit ». Cf. Cass. com., 21 oct. 1970, pourvoi n° 68-12882, JCP 1971, II, 16798, note J. HEMARD ; Cass. com., 5 juill. 1994, pourvoi n° 92-17918, Contrats, conc. cons., 1994, n° 219, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 25 avr. 2001 ; D. 2001, n° 40, jur. comm. p. 3237, obs. D. MAZEAUD ; Cass. com., 9 juin 1992, pourvoi n° 90-17070 ; Contrats, conc. cons., 1992, n° 225, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 29 janv. 2002, pourvoi n° 00-11433 ; Contrats, conc. cons., août-sept 2002, p. 22 ; Cass. com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553 ; Cass. com., 21 oct. 1970, pourvoi n° 68-12882, Bull. n 279, p. 244 ; JCP 1971, II, n° 16798, note J. HEMARD. Le franchiseur voit toutefois sa responsabilité engagée s'il a donné l'apparence ou laissé croire au franchisé que le contrat de franchise serait renouvelé à son terme. Cf. Cass. com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553. La Cour a statué que « la société Roset a commis une faute en entretenant jusqu'au bout le concessionnaire dans l'illusion que le contrat serait renouvelé, et abstraction faite du motif surabondant relatif à des usages commerciaux imposant au concédant un préavis, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». En droit vietnamien, aucun texte n'exige aux contractants de renouveler le contrat arrivé à son terme.

Chapitre I

La cession de contrat de franchise

436. Dans la pratique, les entreprises sont confrontées à de nombreux vicissitudes et bouleversements économiques. Aussi, « tel contrat, adapté aux besoins et aux objectifs des parties au moment de sa conclusion, peut devenir un fardeau inutile à l'une d'elles, qui a perdu le désir ou les moyens de l'exécuter »⁸⁴⁵. Dès que disparaît l'intérêt que servait le contrat, la cession de ce dernier devrait être préférée à sa résiliation. La cession permet au cédé de continuer le contrat pour sinon rentabiliser, du moins amortir ses investissements. Le cédant, pour sa part, évite de s'exposer aux conséquences pécuniaires d'une résiliation qui serait opérée à son initiative et tire profit de la transmission d'un instrument d'exploitation. Quant au cessionnaire, il bénéficie directement d'un outil forgé et éprouvé par d'autres sans avoir à se constituer *ex nihilo* une clientèle⁸⁴⁶. Que l'on songe par exemple à la vente des immeubles en état de futur d'achèvement. Dans ce type de contrat, l'acheteur paye le prix de l'appartement au fur et à mesure de l'achèvement de l'immeuble. Si un acheteur payé une partie du prix en fonction de l'avancement de la construction pour la première année et qu'il cesse de le faire pour la deuxième année, le vendeur peut résoudre unilatéralement le contrat. Mais si l'acheteur trouve un autre acheteur pour reprendre le contrat, la cession serait moins désastreuse, voire bénéfique pour tout le monde. Bénéfique pour le successeur car il ne consent que si cette opération peut lui procurer un avantage⁸⁴⁷. Bénéfique pour l'acheteur bien évidemment parce qu'il est libéré du contrat sans perdre le cautionnement. Bénéfique pour le vendeur parce que la cession permet d'attribuer le contrat à celui qui est le plus apte à l'exécuter. Le vendeur peut donc continuer la construction dans le respect d'autres contrats de vente d'appartements sans avoir à chercher un autre acheteur. La cession assure enfin une sécurité sociale parce qu'aucune rupture ne survient, étant donné que « les droits et obligations ne sont atteints ni dans leur existence, ni dans leur essence, ils survivent à la cession et passent du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire »⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ L. AYNES, « Les clauses de circulation du contrat » in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », PUAM, 1990, p 131.

⁸⁴⁶ M. OUDIN, « La transmission des contrats de distribution », RTD com., 2011, p. 447.

⁸⁴⁷ Il aura un appartement en un laps de temps plus court.

⁸⁴⁸ T. GALVAO, « La cession du contrat », RIDC, vol. 3 n° 2, avr.-juin 1951, p. 217 et s.

437. Plan. Cette technique paisible⁸⁴⁹ pose toutefois de sérieuses questions, lorsqu'il s'agit des contrats complexes, tels que la franchise. La première concerne le fondement juridique de la cession. En France, la loi est silencieuse⁸⁵⁰ alors qu'au Vietnam, c'est son état clair-obscur. La cession de contrat met en œuvre au moins une cession de créance et de dette. Or, la dette est en principe incessible en droit français. Au Vietnam, s'il est vrai qu'il est possible de céder la dette tout comme la créance, le silence du Code civil quant à la cession de contrat maintient le doute sur la cession des conventions compte tenu de leur nature et de leur force obligatoire. *A fortiori*, le contrat n'est pas une simple addition des créances et des dettes. En France, après de nombreuses discussions doctrinales importantes, le juge français a fini par énoncer que les contrats sont en principe cessibles. En matière de franchise, compte tenu de l'*intuitu personae*, la cession n'est possible que sous certaines conditions (Section 1). Le législateur vietnamien, quant à lui, accorde le droit de céder le contrat au seul franchisé (Section 2).

Section 1 : La cession de contrat de franchise en France

438. Plan. Après avoir posé le principe que le contrat de franchise, compte tenu de son caractère *intuitu personae*, n'est cessible qu'avec l'accord de la partie cédée (§ 1), la jurisprudence française se livre désormais au contrôle du motif du refus d'agrément (§ 2).

§ 1. Le caractère *intuitu personae*

439. Plan. En l'absence de règle juridique générale, la question de la cession de contrat a reçu diverses solutions doctrinales opposées. La première, négative, juge inadmissible le concept. La seconde, positive, milite pour la cession de contrat. Le juge français a tenté de

⁸⁴⁹ En ce sens qu'elle ne provoque pas de rupture, l'exécution du contrat étant maintenue. Selon L. AYNES, la cession de contrat ne se propose pas tant de transmettre le droit et/ou la dette contractuels, que d'assurer la continuation du contrat en dépit du changement de l'une des parties. Cf. *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. MALAURIE, th. Paris II, Économica 1984, p 11.

⁸⁵⁰ S'il est vrai que le législateur français est venu, ponctuellement, édicter des règles relatives à des cessions de contrats bien spécifiques, tel que le bail (art. L 145-16 du code de commerce) ou l'assurance (Art. L121-10 du code des assurances), que les cessions judiciaires sont également réglementées, notamment en cas de procédures collectives (CA Versailles, 23 juin 1988, Gaz. Pal. 1989, p. 112 ; CA Versailles, 13 mai 1993, Rev. proc. coll. 1995, p. 172 et 173), la cession de contrat issue de la volonté des partenaires contractuels est ignorée du droit positif français.

mettre un terme à ce débat mais les discussions font toujours rage entre les deux camps⁸⁵¹. Si la cession de contrat se prête en général à des discussions doctrinales importantes (A), celle du contrat de franchise l'est davantage compte tenu de son caractère *intuitu personae* (B).

A. Le débat doctrinal sur la cession de contrat

440. La doctrine hostile à la cession de contrat. La position de la doctrine hostile est de considérer que la cession de contrat n'est pas possible puisqu'elle implique à la fois une cession de créances et une cession de dettes. Or, la cession de dettes n'est pas possible en droit français, car on ne peut imposer un changement de débiteur à un créancier sans son accord⁸⁵². Certains auteurs considèrent même que la cession conventionnelle de contrat est impossible du fait de la nature même du contrat : le contrat étant un lien et non un bien. Les professeurs GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU⁸⁵³, quant à eux, se sont fondés sur deux arguments principaux pour contester la cession de contrat. D'une part, le contrat, compte tenu de sa nature subjective, doit être défini non seulement comme un lien de droit, mais encore et de plus en plus un lien humain entre deux personnes. D'autre part, le contrat ne peut être opposable qu'à ses signataires.

Sur le premier point, les auteurs se sont appuyés sur l'article 1134 du Code civil qui, selon eux, s'oppose à toute cession de contrat, puisque dans le cas contraire le partenaire contractuel n'exécuterait pas l'obligation qu'il a souscrite. Or, il convient de protéger les parties même en l'absence de clause d'incessibilité en vue de s'assurer de l'unité de leur convention.

Sur le second point, les auteurs ont considéré qu'une convention, conclue entre le cédant et le cessionnaire sans le consentement du cédé, serait inopposable à ce dernier, en raison de la force obligatoire du contrat qui ne peut s'exercer qu'à l'égard de ceux qui ont participé à sa formation. De ce fait, de deux choses l'une. Soit le cédé participe à l'opération, mais alors c'est en réalité un nouveau contrat⁸⁵⁴ qui se noue entre le « cédé » et le « cessionnaire ». Il ne s'agit donc pas d'un transfert du contrat initial. Soit le « cédé » ne participe pas à l'opération, la convention conclue entre le cédant et le cessionnaire lui est alors inopposable. Dès lors, la

⁸⁵¹ C. LARROUMET, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », mél. CABRILLAC, Litec 1999, p.151.

⁸⁵² F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^{ème} éd. 2009, Dalloz, n° 1304 *Cession de dette. Cession de contrat*.

⁸⁵³ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 2^{ème} éd. 2001, spéc. n°s 1048 et 1054.

⁸⁵⁴ C. JAMIN et M. BILLIAU, « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, p. 145 ; C. JAMIN, « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995, chron. p. 131.

cession improprement dénommée est inutile puisque l'opération visée - placer le cessionnaire dans la position contractuelle du cédant - pourrait être réalisée par la formation d'un contrat nouveau identique au contrat initial.

441. La doctrine favorable à la cession de contrat. Juridiquement cette doctrine s'appuie sur, outre les exemples législatifs qui y sont favorables⁸⁵⁵, l'article 1122 du Code civil selon lequel « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Cette disposition permet, selon L. AYNES⁸⁵⁶, d'affirmer qu'en se liant avec son cocontractant, le cédant potentiel a stipulé pour son ayant cause, c'est-à-dire le cessionnaire. L'auteur conclut que la cession de contrat est « une institution propre aux contrats successifs ». L'auteur souligne toutefois que la cession des contrats successifs doit être limitée. Selon l'auteur, il faut distinguer les contrats qui peuvent survivre au changement de l'une des parties, de ceux que ce changement anéantit. Dès lors, sont incessibles les contrats *intuitu personae*⁸⁵⁷.

Quant au consentement du cédé lors de la conclusion du contrat initial, selon Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, il « porte sur les éléments objectifs de celui-ci (cause et objet...), plus que sur la personne de son cocontractant » et, par conséquent, du moment où ces éléments sont inchangés, il n'a aucune raison de s'opposer à la cession, sauf dans le cas où le contrat a été conclu *intuitu personae*⁸⁵⁸. Dès lors que le contrat est cessible, le consentement du cédé n'est nullement nécessaire puisque les parties contractent « dans un but déterminé afin de tirer certains avantages de l'exécution du contrat »⁸⁵⁹, le changement de contractant ne portant pas atteinte à l'engagement initial. Ces auteurs concluent donc que le consentement du cédé n'est en définitive requis que pour entraîner la libération du cédant, soit une « cession parfaite » de contrat. La cession conventionnelle peut dès lors être une institution juridique autonome⁸⁶⁰.

⁸⁵⁵ Telles que la cession de bail commercial prévu par l'art. L 145-16 du code de commerce, la cession de contrat d'assurance prévu par l'art. L121-10 du Code des assurances.

⁸⁵⁶ L. AYNES, *op. cit.*, n° 206.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, Defrénois 2^{ème} éd. 2005, n° 918.

⁸⁵⁹ L. AYNES, *op. cit.*, n° 226.

⁸⁶⁰ C. LACHIEZE, *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat*, D. 2000 p. 184.

D'autres auteurs, qui restent favorables à la cession de contrat, ont toutefois préféré retenir l'idée d'une succession de contractants sans pour autant préjuger de l'analyse juridique de l'opération⁸⁶¹.

442. La position de la Cour de cassation. La Haute juridiction a tranché la question dans un arrêt rendu le 7 janvier 1992 en estimant qu'un contrat de maintenance informatique conclu pour une durée déterminée et présentant un caractère *intuitu personae* était cessible, puisque l'« *intuitu personae* ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligation de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti »⁸⁶². Elle a ensuite confirmé sa position par deux arrêts de principe rendus le 6 mai 1997⁸⁶³. Dans la première espèce, la Haute juridiction a reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si, dans le contrat conclu entre la société CVS et la société Rougeot ou ultérieurement, cette dernière société avait donné son consentement à la substitution de sa cocontractante »⁸⁶⁴. Dans la seconde espèce, la Cour a censuré les juges du fond en relevant, d'une part, que « la substitution d'un tiers dans les droits et obligations d'une partie au contrat, fût-elle autorisée préalablement par le cocontractant, n'est opposable à celui-ci que si elle lui a été signifiée ou s'il a été partie à la cession » et, d'autre part, que « dans une lettre dépourvue de toute ambiguïté, la société Pro-Telcom, prenant acte des protestations de la société Gobet, indiquait qu'elle renonçait à exiger la mise en œuvre de la faculté de substitution prévue au contrat de maintenance »⁸⁶⁵.

Cette jurisprudence constante a clairement posé le principe de cession de contrat : les contrats sont cessibles à la condition qu'ils reçoivent le consentement du cédé, lequel peut être donné par anticipation dès la conclusion du contrat, ou ultérieurement, en particulier au moment de la cession. Mais elle ne résout pas radicalement le problème. Le débat tourne en effet désormais autour de la question de savoir de quel consentement il s'agit : d'un consentement tel qu'il est demandé à la formation du contrat ou d'une simple autorisation du

⁸⁶¹ P. le TOURNEAU, *L'intuitu personae. Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion de société*, Mél. C. MOULY, t. 2, 1998, Litec, n° 80 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, 1^{ère} éd. Quadrige, 2004, n° 1240 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz 9^{ème} éd. 2009, n° 1270 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Le rapport d'obligation*, Paris A. Colin, 5^{ème} éd. 2007.

⁸⁶² Cass. com., 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 3 ; JCP 1992. I. 3591, note C. JAMIN ; Contrats, conc. cons., 1992, n° 110, note L. LEVENEUR ; RTD civ., 1992, p. 762, obs. J. MESTRE.

⁸⁶³ Cass. com., 6 mai 1997, pourvoi n°s 94-16335 et 95-10252, Bull. civ. 1997, IV, n° 117 et 118 ; Contrats, conc. cons., 1997, comm. 147, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1997, art. 36633, p. 977, note D. MAZEAUD ; RTD civ., 1997, p. 936, obs. J. MESTRE.

⁸⁶⁴ Pourvoi n° 94-16335.

⁸⁶⁵ Pourvoi n° 95-10252.

cédé ? La doctrine défavorable à la cession de contrat n'a pas manqué d'observer qu'il ressort de cette jurisprudence que la cession de contrat n'en est pas véritablement une : le consentement, c'est le mot expressément employé par la Cour de cassation, du cédé donne naissance à un nouveau contrat conclu entre le cédé et le cessionnaire⁸⁶⁶. Alors que pour la doctrine favorable, les droits et obligations du cédé restent inchangés : son consentement à la cession n'est qu'une simple autorisation donnée à la circulation d'un même contrat⁸⁶⁷. En conséquence, ce pouvoir d'autoriser, qui n'est pas la volonté de contracter, ne peut être discrétionnaire. Cet argument a été accueilli par la jurisprudence qui se prononce sur la possibilité de la cession du contrat de franchise. Elle impose quelques conditions pour la cession, compte tenu du caractère *intuitu personae* dans la franchise.

B. *Intuitu personae*

443. La présence de l'*intuitu personae*. Le caractère *intuitu personae* en matière de franchise rend le changement de personne dans le contrat, sinon impossible du moins soumis à des conditions strictes. Or, cette notion se révèle insaisissable⁸⁶⁸, « comme ces poissons qui, glissants, fuyants échappent à la main qui croit s'en emparer »⁸⁶⁹ en dépit de nombreuses études qui lui ont été consacrées⁸⁷⁰ et est fréquemment source de conflits⁸⁷¹. La difficulté ne réside en effet pas dans la signification⁸⁷² de l'expression mais plutôt dans la détermination de

⁸⁶⁶ C. JAMIN et M. BILLIAU, « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, p. 145 ; C. JAMIN, « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995, chron. p. 131.

⁸⁶⁷ L. AYNES, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, jurispr. p. 25. C. LACHIEZE, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000 p. 184 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FFLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil. Le rapport d'obligation*, Sirey, 2006, n° 401. Certes, les articles 1134 et 1165 du Code civil n'accordent force obligatoire à la convention qu'entre ceux qui l'ont faite, mais « cela n'impose pas pour autant une dualité de contrats : un premier contrat entre le cédant et le cessionnaire et un second entre ce dernier et le cédé ».

⁸⁶⁸ L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. MALAURIE, Economica, 1984, p. 231.

⁸⁶⁹ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats*, th. Paris II, 1974, n° 271.

⁸⁷⁰ G. CAMERLYNCK, *De l'intuitu personae dans la société anonyme*, th. Paris, 1929 ; F. VALLEUR, *L'intuitu personae dans les contrats*, th. Paris, 1938 ; M. AZOULAI, « L'élimination de l'*intuitu personae* dans les contrats » in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », sous la dir. de P. DURAND, LGDJ, 1960, p. 1 ; M.-A. PAENO, « L'*intuitu personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p. 129 ; P. le TOURNEAU et D. KRJESKI, *Contrat « intuitu personae »*, J.-Cl. Contrats distribution, Fasc. 200 (2001) ; G. KOSTIC, *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, th. Paris, 1997 ; D. KRAJESKI, « L'*intuitu personae* et la cession du contrat », *D.* 2001, p. 1345 ; C. BOURGEON, « À propos des clauses d'*intuitu personae* », *RDC* 2004, p. 499 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP E* n° 7, 12 févr. 1998, p. 260.

⁸⁷¹ C. BOURGEON, art. préc. p. 499.

⁸⁷² Selon G. CORNU, il s'agit d'une expression latine qui signifie « en considération de la personne » employée pour caractériser les opérations dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle, en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle. Cf. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 3^{ème} éd. 1992, p. 446.

sa présence dans les contrats. Certains auteurs hésitent à qualifier les contrats de distribution de contrats *intuitu personae*⁸⁷³, d'autres considèrent que ce caractère est « de l'essence des contrats de distribution qui s'intègrent dans des relations de partenariat » peu importe l'existence de l'exclusivité territoriale⁸⁷⁴. D'autres auteurs encore observent qu'il existe des contrats *intuitu personae* par nature et des contrats *intuitu personae* d'après les termes employés et les circonstances de la conclusion du contrat. Entrent dans la première catégorie les contrats de mandat d'intérêt, de franchise, de concession, de licence et de brevet de marque, de location-gérance. Peuvent figurer dans la seconde catégorie tous les contrats qui se réfèrent expressément au terme *intuitu personae*⁸⁷⁵.

Quant au degré de l'importance de la personne du contractant, on préfère distinguer selon le type de contrat et la nature des obligations imparties aux parties. Ainsi, pour certains auteurs, l'*intuitu personae* est moins affirmé dans la concession que dans la franchise⁸⁷⁶, tandis que pour d'autres, la concession est au contraire le contrat qui est marqué par le plus fort *intuitu personae*⁸⁷⁷. D'autres auteurs encore distinguent selon la personne en cause. Dans la franchise, seule la personne du franchiseur est importante car c'est lui qui délivre le savoir-faire, tandis que la personne du franchisé importe peu⁸⁷⁸.

Là encore, la jurisprudence est intervenue pour mettre un terme aux débats doctrinaux. Aujourd'hui, il est de jurisprudence constante en matière de franchise que le caractère *intuitu personae* est attaché tant au franchiseur (2) qu'au franchisé (1).

1.- La personnalité du franchisé

444. La franchise repose sur la réitération par le franchisé d'un concept testé par le franchiseur. Sa pérennité dépend non seulement de la capacité financière et humaine du franchisé mais encore de sa motivation et son sérieux. Le franchiseur doit chercher celui qui est capable de réitérer son concept. La personne du franchisé s'avère donc déterminante pour

⁸⁷³ C. BOURGEON, art. préc.

⁸⁷⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, art. préc. ; G. DURRY, *Les restrictions conventionnelles au libre choix du cocontractant*, th. Paris 1957 ; P. le TOURNEAU, *Intuitu personae*, J.-Cl. Contrats de distribution, Fasc. 420 ; RENUCCI, « L'identité des contractants », RTD com. 1993, p. 441.

⁸⁷⁵ N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats intuitu personae dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », LPA, 3 juin 2004, n° 111, p. 4.

⁸⁷⁶ CA Paris, 15 déc. 1992, JCP E 1993, 357 ; JCP 1994, II, 22205, note C. JAMIN où l'*intuitu personae* est moins affirmé dans la concession que dans la franchise, en raison de la transmission du savoir-faire.

⁸⁷⁷ J. HUET, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n° 11614.

⁸⁷⁸ Pour une vue d'ensemble, V. R. BOUTROS, *La circulation du contrat de franchise*, th. Paris I, 2001.

le franchiseur. Dans la pratique, ce dernier introduit habituellement des clauses d'agrément ou de résiliation concernant la cession du fonds de commerce du franchisé. La Cour d'appel de Paris, dans arrêt rendu le 30 juin 2000⁸⁷⁹, a ainsi considéré qu'en raison de l'*intuitu personae* attaché au contrat de franchise, le franchiseur pouvait s'opposer au transfert dudit contrat lors de la cession du fonds de commerce par le franchisé à un concurrent. En l'espèce, pour fonder la cession de son contrat de franchise à une tierce personne, le franchisé a argumenté qu'il lui était impossible de céder son fonds de commerce séparément de la franchise. Cette argumentation a été malheureusement rejetée par les juges parisiens qui se sont contentés de se référer aux stipulations contractuelles. En effet, le contrat litigieux interdisait au franchisé de céder les droits qui lui étaient concédés et définissait une procédure d'agrément en cas de cession du fonds par lui. Le franchisé aurait dû mettre en œuvre la procédure d'agrément avant d'opérer la cession de contrat à une tierce personne.

2.- La personnalité du franchiseur

445. De même, si le franchisé accepte de payer des droits d'entrée et de faire des investissements importants tant financier qu'humain afin d'obtenir la conclusion du contrat, c'est parce qu'il prend en considération la personne du franchiseur. Le franchiseur doit non seulement être titulaire d'un savoir-faire et d'une marque pouvant attirer une clientèle, mais également il doit être suffisamment ambitieux pour le développement et la pérennisation de son réseau. La qualité de celui-ci, du point de vue du franchisé, doit lui permettre de tirer un profit du contrat pour lequel il s'investit. Le caractère *intuitu personae* est donc inhérent au franchiseur. En France, il est de jurisprudence constante que le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur⁸⁸⁰. Récemment, après avoir rappelé ce principe, la Cour de cassation a précisé que, compte tenu du caractère *intuitu personae* attaché au franchiseur, le contrat de franchise « ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchisé »⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ CA Paris, 30 juin 2000, 25^e ch. B ; D. 2000, AJ 379, obs. E. CHEVRIER, p. 379.

⁸⁸⁰ Cass. com., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-15396 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, Bull. civ. II, n° 146 ; JCP 2002, IV, 2221 ; JCP 2003, I, 105, obs. C. SERAGLINI ; JCP E 2003, n° 14, p. 543, étude J. RAYNARD ; Dr. et patr. 2002, n° 109, p. 120, obs. P. MOUSSERON ; CA Rennes, 20 janv. 2004, Juris-Data n° 2004-239028, JCP E 2004, n° 32, 1191 ; CA Paris, 24 juin 1998, juris-data n° 1998-024432. La Cour a statué que « le principe d'intransmissibilité s'applique d'autant plus au contrat de franchise que, comme tout contrat comportant une obligation de faire, il est conclu en considération de la personne, et particulièrement de celle du franchiseur qui apporte son savoir-faire ».

⁸⁸¹ Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. civ. IV, n° 111.

446. Réciprocité. Le caractère *intuitu personae* étant inhérent au franchiseur, celui-ci ne peut s'en échapper en introduisant dans le contrat de franchise, qu'il rédige seul, une clause selon laquelle l'*intuitu personae* est stipulé en considération du seul franchisé. La Cour de cassation l'a décidé dans un arrêt rendu le 24 novembre 2009. En l'espèce, un franchiseur a cédé le contrat de franchise qui le liait à un franchisé sans demander l'avis de ce dernier. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la stipulation contractuelle faisant valoir que le contrat de franchise était conclu *intuitu personae* seulement en considération de la personne du franchisé. En effet, l'article 2-2 du contrat litigieux comprenait deux alinéas. Le premier précisait que le contrat était conclu par le franchiseur en considération de la personne du franchisé, tout fait quelconque qui aurait pour effet ou pour conséquence de substituer au franchisé une autre personne ou d'autres personnes, donnant droit au franchiseur de résilier immédiatement sans indemnité le contrat. Le second spécifiait que le contrat était conclu par le franchisé en considération de la notoriété et de l'organisation du Groupe Comptoirs Modernes et du franchiseur, indépendamment des personnes qui les contrôlent ou les dirigent. En dépit de cette stipulation, la Cour de cassation a reproché aux juges d'appel, qui avaient fait droit aux arguments du franchiseur, de ne pas avoir recherché « si l'apport partiel des actifs de la société CMSO aux sociétés PRODIM et CSF n'avait pas entraîné une modification dans la notoriété et l'organisation du groupe COMPTOIRS MODERNES et sans caractériser que cette scission s'était uniquement traduite par un changement de dirigeant ou de personne le contrôlant »⁸⁸².

Dans une espèce récente ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, un franchiseur a fait valoir que la cession de la marque et de l'ensemble des autres éléments constitutifs du contrat entraîne la cession dudit contrat à leur nouveau propriétaire sans que le consentement du franchisé audit transfert ne soit requis, conformément au caractère *intuitu personae* unilatéral d'un contrat de franchise stipulé en considération du seul franchisé. Cette argumentation a été rejetée tant par les juges du fond que par la Cour de cassation. Cette dernière a rappelé le principe que le caractère *intuitu personae* est bilatéral en dépit de toute stipulation contractuelle. Par conséquent, « toute cession de contrat suppose l'accord du cédé »⁸⁸³. N'ayant pas été établi en l'espèce, l'auteur de la cession a été condamné à la réparation du préjudice causé au franchisé. .

⁸⁸² Cass. com., 24 nov. 2009, pourvoi n° 08-16428.

⁸⁸³ Cass. com., 31 janv. 2012, pourvoi n° 10-27603.

447. En bref, le contrat de franchise est un contrat d'*intuitu personae*. Ce caractère est bilatéral. Il est exigé tant du franchiseur que du franchisé. C'est cet *intuitu personae* qui fait que la cession de contrat de franchise n'est possible qu'avec l'accord de la partie cédée. Il convient dès lors de voir comment peut s'exercer ce droit par le cédé.

§ 2. Le consentement du cédé

448. Plan. Le droit d'accorder ou de ne pas accorder un avis favorable à la cession est reconnu au cédé. La cession n'est possible que si celui-ci y donne son consentement (A). Mais l'exercice de ce droit doit être exempt d'abus. C'est ainsi que la jurisprudence française est intervenue dans le contrôle du refus de cession (B).

A. Le rôle du consentement

449. Il a été montré dans le paragraphe précédent que le contrat de franchise était conclu en considération de la personne des signataires⁸⁸⁴. Par conséquent, le contrat de franchise ne peut être cédé qu'avec le consentement du cédé. La Cour d'appel de Paris a statué le 24 juin 1998 que « le principe d'intransmissibilité s'applique d'autant plus au contrat de franchise que, comme tout contrat comportant une obligation de faire, il est conclu en considération de la personne et particulièrement de celle du franchiseur qui apporte son savoir-faire »⁸⁸⁵.

450. Position de la Cour de cassation. Par deux arrêts publiés au Bulletin⁸⁸⁶, la Cour de cassation a posé le principe général que le consentement du cédé est indispensable à la cession

⁸⁸⁴ Il a toutefois jugé que le contrat de franchise « est incessible par nature, sauf à méconnaître son objet ». Cf. CA Orléans, 14 sept. 2000 ; *D.* 2001. 1017, note Y. MAROT. La Cour d'appel de Paris, quant à elle, en raison de l'*intuitu personae*, a écarté les règles impératives de l'article 86 de la loi du 25 janv. 1985 qui imposait la cession de certains contrats au profit du repreneur en cas de procédures collectives. Cf. CA Paris, 15 déc. 1992, *JCP E* 1993, I, 275, obs. P. PETEL.

⁸⁸⁵ CA Paris, 24 juin 1998, juris-data n° 1998-024432.

⁸⁸⁶ Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, *Bull.* 2008, IV, n° 111 et 06-13761, *Bull.* 2008, IV, n° 110 ; *JCP E* n° 40, 2 oct. 2008, 2210, note H. HOVASSE ; *D.* 2008, p. 1623, obs. A. LIENHARD ; *JCP* n° 38, 17 sept. 2008, II 10154, note C. MARECHAL ; *RDC* 2008/4, 1278, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Contrats, conc. cons.*, 2008, n° 200, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD civ.*, 2008, p. 478, obs. B. FAGES ; *D.* 2009, p. 2888, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.*, 2008, p. 478, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2009, p. 385, obs. P. Le CANNU et B. DONDERO, et 432, obs. B. BOULOC ; *Rev. sociétés* 2009. 339, obs. L. AMIEL-COSME.

de contrat de franchise. Dans la première espèce⁸⁸⁷, le franchiseur a fait l'objet d'une fusion-absorption au profit d'une autre société. Cette dernière, ayant constaté la vente par le franchisé des produits d'une marque concurrente, l'a assigné aux fins d'obtenir la résiliation du contrat, le paiement de marchandises impayées et le versement de diverses indemnités. La Cour d'appel de Lyon avait retenu que, du fait de la fusion-absorption, la société bénéficiaire de la fusion était la continuatrice des engagements souscrits par la société absorbée, de sorte que le contrat de franchise et ses avenants avaient été transmis avec le patrimoine de la société absorbée. La Cour de cassation n'a pas contesté l'effet translatif de la cession, elle a sanctionné la validité même de celle-ci en retenant fermement que « le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchisé ».

Dans la seconde espèce⁸⁸⁸, la Cour de cassation a censuré l'arrêt ayant déclaré les sociétés bénéficiaires de l'apport partiel d'actif recevables à agir contre la société complice de la rupture abusive du contrat par le franchisé. Selon les juges du fond, l'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions « emporte transmission universelle de tous les droits, biens et obligations afférents à la branche de l'activité de l'apport, de la société apporteuse à la société bénéficiaire ». Toutefois, selon la Cour de cassation, « le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions ». Or, le silence du franchisé ne vaut pas son consentement à la transmission du contrat de franchise. Le franchisé avait d'ailleurs notifié au franchiseur la fin de leurs relations contractuelles. Il avait donc refusé la cession qui ne pouvait lui être imposée sans son accord.

En bref, en France, le contrat de franchise n'est cessible qu'avec l'accord du cédé. Dès lors, l'attention doit être orientée vers le contrôle du droit de s'opposer à la cession qui, comme tout droit, doit être exempt d'abus.

B. Le contrôle de l'abus de droit de refus

451. Il résulte des deux arrêts de la Cour de cassation du 3 juin 2008 que l'intérêt doit désormais porter non pas sur l'exigence du consentement du cédé mais sur le refus de donner ce consentement. On doit dès lors se poser la question de savoir si à défaut d'une autorisation

⁸⁸⁷ Pourvoi n° 06-18007.

⁸⁸⁸ Pourvoi n° 06-13761.

donnée initialement ou en cas de stipulations floues, le cédé peut refuser discrétionnairement de donner son consentement au moment où lui est exposé le projet de cession.

452. Motivation. La mission de contrôler l'agrément est confiée au juge qui l'apprécie *in concreto*. La cour d'appel de Lyon a retenu, le 17 mai 2001, que si le droit d'agrément du concédant⁸⁸⁹ était discrétionnaire, il ne doit pas être arbitraire⁸⁹⁰. Dès lors, le refus d'agrément non motivé est constitutif d'un abus de droit. La Cour de cassation, dans un arrêt du 2 juillet 2002, a statué que le refus d'agrément par le concédant doit être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui importait de le motiver⁸⁹¹. La Cour de cassation a reproché aux juges lyonnais de ne pas « vérifier si les motifs avancés par le concédant, même tardivement, n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément ». Il s'agit là, selon un auteur, non pas d'une obligation formelle de motiver, mais d'une obligation d'« obéir à de justes motifs »⁸⁹². Il convient donc aux juges du fond de contrôler les motifs du refus⁸⁹³ et de vérifier s'ils sont « illégitimes »⁸⁹⁴.

De même, dans une espèce concernant un contrat de concession⁸⁹⁵, la Cour d'appel de Paris⁸⁹⁶ a sanctionné, le 25 janvier 1995, pour abus de son droit un concédant qui avait refusé la cession opérée par le cessionnaire suite à la nécessité de restructuration de son entreprise. Le concédant a résilié le contrat en s'appuyant sur les termes du contrat qui lui accordait le droit de le résilier en cas de changement de plus de 25% des actions ou de modifications

⁸⁸⁹ C'est en fait un franchiseur, les parties ayant faussement dénommé leur contrat.

⁸⁹⁰ CA Lyon, 17 mai 2001, juris-data n° 2001-144538 ; Y. MAROT, « Le droit d'agrément : Et si le franchiseur se faisait un devoir de motiver son éventuel refus », La lettre de la FFF, nov. 2001, p. 4 ; J-P. PAMIER, « Les limites du droit d'agrément », Fr. Mag. oct.-nov. p. 24.

⁸⁹¹ Cass. com., 2 juill. 2002, pourvoi n° 01-12685, Bull. 2002, IV n° 113 p. 122 ; D. 2003, p. 93, note D. MAZEAU ; RTD civ. 2002. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2002. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; JCP, 5 févr. 2003, p. 247, note D. MAINGUY ; LPA 3 juill. 2003, n° 132, p. 30, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸⁹² M. OUDIN, art. préc.

⁸⁹³ Il a ainsi été jugé en matière d'agence commerciale que le mandant ne peut refuser d'agréer le repreneur « sans motif sérieux tenant à l'insuffisance professionnelle ou morale du candidat cessionnaire » et que le refus d'agrément sans motif est une circonstance imputable au mandant justifiant la rupture du contrat et ouvrant droit pour l'agent à l'indemnité prévue à l'article L. 134-13 du code de commerce ». Cf. CA Rouen, 16 avr. 2009, SARL Acomat c/ Sté Collard et Trolart thermique, JurisData n° 2009-003475. Dans le même sens : Com., 3 nov. 2004, n° 02-17919 ; RDC 2005, p. 1130, note M. BEHAR-TOUCHAIS. Dans cette affaire, il a été jugé que le concédant qui n'avait pas d'objection contre la personne du repreneur, mais qui souhaitait simplement voir le changement de distributeur se réaliser selon d'autres modalités, ne pouvait en principe refuser son agrément.

⁸⁹⁴ Cass. com., 5 oct. 2004, pourvoi n° 02-17338, Bull., n° 181 ; D. 2005. 2836, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2005, p. 127, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2005-2, p. 384, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁸⁹⁵ Bien que le contrôle de refus d'agrément se limite à l'heure actuelle aux contrats de concession, il est souhaitable qu'il soit étendu aux contrats de franchise, compte tenu de nombreux points communs entre ces deux types de contrats.

⁸⁹⁶ CA Paris, 25 janv. 1995, RJDA 1995, n° 1089.

importantes du statut de la société concessionnaire. La Cour d'appel de Paris n'a pas critiqué la validité de la clause de résiliation du contrat qui, selon elle, pouvait se justifier par le souci d'assurer la sécurité, la loyauté des transactions et d'éviter que la société concessionnaire chargée de distribuer des produits du concédant ne soit pas reprise par un concurrent direct de celui-ci. Elle a toutefois sanctionné son application qui allait à l'encontre de l'intérêt du contrat. La Cour a relevé que « l'opération de restructuration ayant entraîné le changement de contrôle de la société concessionnaire renforçait ses moyens financiers sans recourir à un concurrent de la société concédante et ne pouvait être bénéfique, à terme, à la commercialisation de ses produits ». La cession partielle doit donc être admise en dépit d'une stipulation expresse contraire dès lors que cette opération est bénéfique pour la continuation du contrat. En d'autres termes, si la clause empêchant la cession n'est pas illicite en soi, elle ne peut pas dépasser l'intérêt légitime attendu qui est, dans ce cas d'espèce, d'éviter que le réseau tombe dans la main des concurrents.

453. Diversité de critères. Dans un arrêt de principe rendu le 5 octobre 2004, la Cour de cassation a décidé que le refus d'agrément pouvait se fonder non seulement sur le caractère *intuitu personae* mais aussi sur d'autres critères. L'espèce concernait un contrat de concession à durée indéterminée signé le 1^{er} décembre 1986 aux termes duquel, la société Rover France (concedante) avait confié à M. X... la commercialisation des véhicules de sa marque dans un territoire exclusif. Par lettre datée du 24 mai 1995, la concédante avait résilié le contrat moyennant un préavis de 12 mois. Pendant cette période, le concessionnaire a cédé son contrat mais s'était heurté au veto de la concédante. Se prévalant de ce que la concédante avait fautivement fait échouer la cession de son fonds de commerce et avait, ultérieurement, fautivement résilié le contrat, le concessionnaire l'avait assignée en paiement de dommages-intérêts. La Cour d'appel de Paris⁸⁹⁷ a fait droit à sa demande en relevant que la concédante avait manqué de loyauté en résiliant abusivement le contrat⁸⁹⁸. Les juges parisiens ont également retenu que la résiliation opérée par la concédante constituait une mesure de rétorsion dès lors qu'elle avait informé le candidat à la reprise de la possibilité d'enlever le panneau de la marque au concessionnaire si le prix de cession du fonds n'était pas très

⁸⁹⁷ CA Paris, 2 mai 2002.

⁸⁹⁸ En effet, le 31 mai 1995, veille de l'envoi de la lettre de résiliation, les conseillers de la société concédante avaient abordé avec le concessionnaire un sujet de réflexion sur la stratégie commerciale et l'organisation de la concession et convenu avec lui que pour une prochaine réunion devant se tenir le 4 juillet 1995, le concessionnaire devait réfléchir à un plan d'action à court terme lui laissant ainsi croire que le contrat allait se poursuivre.

largement diminué. Il semble que tous les éléments étaient réunis pour caractériser l'abus de refus d'agrément et de résiliation du contrat. La Cour de cassation n'a toutefois pas approuvé la position des juges parisiens en retenant que le refus d'agrément « pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément » et que « le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment, indépendamment de l'échec de la reprise de la concession »⁸⁹⁹. Certains auteurs n'ont pas manqué d'estimer que la Cour de cassation remettait en question la loyauté contractuelle⁹⁰⁰.

454. En définitive, après de nombreuses discussions doctrinales importantes et des revirements jurisprudentiels, il semble bien établi en jurisprudence française que le contrat de franchise, compte tenu de son caractère *intuitu personae* qui est attaché tant au franchiseur qu'au franchisé, n'est cessible qu'avec l'accord du cédé. La mission est désormais confiée aux juges du fond de contrôler le refus d'agrément. Comme pour tout autre droit, l'exercice du droit de refus d'agrément doit être exempt d'abus. Ce contrôle relève de la subjectivité du juge et pourrait par conséquent déboucher sur des solutions divergentes. Tel ne sera pas le cas au Vietnam où la cession de contrat de franchise n'est possible que pour le franchisé. Le franchiseur, quant à lui, a le droit de s'opposer à cette opération du franchisé. Mais ce droit connaît des limites qui sont établies non pas par le juge, mais par le législateur.

Section 2 : La cession du contrat de franchise au vietnamien

455. La libre cession de créance. La cession de créance en droit vietnamien ne présente pas de réelles différences avec le principe posé par l'article 1689 du Code civil français selon lequel tous les droits incorporels peuvent faire l'objet d'un transport, pourvu qu'ils ne soient pas hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait pas été prohibée par quelque loi particulière. Au Vietnam, en vertu de l'article 309 du Code civil, un créancier peut céder sa créance à un tiers⁹⁰¹. Le créancier et le débiteur sont libres d'aménager la cession. Celle-ci

⁸⁹⁹ Cass. com., 5 oct. 2004, pourvoi n° 02-17338, Bull. IV n° 181 p. 208.

⁹⁰⁰ D. MAINGUY et J-L. RESPAUD, « Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle », Rev. Lamy Droit civil, n° 12, janv. 2005, p. 5 ; D. MAZEAUD « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », D. 2010, p. 2178. Ce dernier

⁹⁰¹ Sauf le droit à pension alimentaire et du droit à réparation en cas d'atteinte à la vie, à la santé, à l'honneur, à la dignité ou à la crédibilité (art. 309-1-a) ; les créances frappées d'incessibilité en vertu d'un accord entre le créancier et le débiteur (art. 309-1-b) ; et autres cas prévus par la loi (art. 309-1-c).

peut être établie par écrit ou être réalisée verbalement⁹⁰², sauf les cas prévus par les lois spécifiques. Le cédant est tenu de donner au cessionnaire toute information nécessaire et de lui remettre les documents afférents⁹⁰³. Le cédant doit également aviser par écrit de la cession le débiteur cédé, à défaut duquel ce dernier peut refuser d'exécuter son obligation envers le cessionnaire. La cession de créance ne nécessite toutefois pas l'assentiment du débiteur, sauf les cas où il en a été convenu autrement ou la loi en dispose autrement⁹⁰⁴. La cession de créance produit un effet translatif parfait. Une fois réalisée, la cession de créance transmet au cessionnaire la qualité de créancier, le cédant n'est pas responsable envers le cessionnaire de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation par le débiteur cédé⁹⁰⁵, toute garantie assortissant la créance cédée est transmise au bénéficiaire de la cession⁹⁰⁶.

456. La cession de dette n'est possible qu'avec l'accord du cédé. A la différence du droit français qui n'envisage pas la cession de dette, un débiteur au Vietnam peut céder ses dettes à un cessionnaire si le créancier y a consenti, sauf le cas des dettes directement liées à la personne du débiteur et les cas où la loi prohibe une telle cession⁹⁰⁷. La cession de dette, tout comme la cession de créance, peut être effectuée sous quelque forme que ce soit, par écrit ou verbalement⁹⁰⁸. L'accord du créancier est une condition préalable. Quant à ses effets, la cession de dette produit également un effet translatif total comme la cession de créance. Elle transmet au cessionnaire la qualité de débiteur⁹⁰⁹. Les garanties assortissant la dette cédée, quant à elles, prennent fin à la suite de la cession, sauf convention contraire⁹¹⁰.

457. La cession de dette à elle seule paraît inimaginable mais s'adapte bien au contexte vietnamien où il peut arriver souvent que le père paye les dettes de ses enfants, ce qu'une sœur peut faire pour son frère ou encore un homme pour son épouse. Prévoir la cession de dette c'est avoir traduit la coutume dans la loi. C'est également avoir permis aux parties d'aménager leurs relations. Au juge de contrôler le consentement du créancier, assurant ainsi la sécurité sociale. En droit comparé, le droit vietnamien se trouve parmi les droits qui sont

⁹⁰² Art. 310-1 dudit Code.

⁹⁰³ Art. 311-1 dudit Code.

⁹⁰⁴ Art. 309-2 dudit Code.

⁹⁰⁵ Art. 312 dudit Code.

⁹⁰⁶ Art. 313 dudit Code.

⁹⁰⁷ Art. 315-1 dudit Code.

⁹⁰⁸ Art. 316 dudit Code.

⁹⁰⁹ Art. 315-2 dudit Code.

⁹¹⁰ Art. 317 dudit Code.

favorables à la cession de contrat. Tel est les cas du BGB allemand, du Code suisse des obligations de 1911, du Code civil italien. En effet, le § 415 du BGB prévoit la reprise de dette par accord entre le cédant et le cédé. Cette reprise suppose une approbation du créancier cédé. Cependant, cette approbation n'est qu'une ratification qui opère rétroactivement. La ratification a pour objet, tout en confirmant le droit du cédé contre le cessionnaire, de lui faire perdre son droit contre le cédant. De même, le Code suisse envisage, en son article 175, la cession de dette par accord des deux débiteurs avec le consentement du créancier. Le Code civil italien, quant à lui, traite expressément la cession de contrat qui est également subordonnée au consentement du cédé. Celui-ci est nécessaire non seulement pour libérer le cédant, mais encore pour lier le créancier au nouveau débiteur⁹¹¹.

458. Double obstacle à la cession de contrat. S'il est vrai que la cession de dette et de créance est expressément prévue par le Code civil, la cession de contrat, compte tenu du en silence législatif, se heurte à deux obstacles majeurs. Le premier est lié à la nature même du contrat qui est non seulement un lien de droit entre deux parties. Ce lien comprend des créances, des dettes et des droits potestatifs, mais encore un lien humain qui exige la confiance et la collaboration⁹¹². Il est certes nécessaire de permettre aux contractants de s'adapter aux mutations économiques, il ne faut toutefois pas ignorer que le contrat repose sur la rencontre des volontés des parties. Ainsi, la personne des contractants ne doit pas s'effacer derrière l'opération économique. Dès lors on imaginera mal comment le contrat peut être exécuté dans le respect de la confiance mutuelle si la personne d'un contractant change. La cession de contrat serait d'autant moins envisageable au Vietnam que la confiance en la personne du contractant joue un rôle primordial dans toutes les relations, qu'elles soient civiles ou commerciales⁹¹³.

Le deuxième obstacle consiste en la force obligatoire du contrat. Il existe un principe de base que le contrat est conclu pour être exécuté par les signataires. L'article 412 du Code civil relatif aux principes d'exécution du contrat en général énonce en effet que le contrat doit être

⁹¹¹ Art. 1406 et s. En droit comparé et prospectif, v. C. LARROUMET, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », méf. CABRILLAC, Lictec 1999, spéc n° 4, p. 154 et s.

⁹¹² NGO Huy Cuong, « Obligation civile et la conception vietnamienne en la matière » (Nghĩa vụ dân sự và quan niệm về nghĩa vụ dân sự ở Việt Nam), Etudes législative, n° 121, avr. 2008.

⁹¹³ Il est de coutume qu'on cherche à connaître la personne de son partenaire. Des questions qui choquent les occidentaux peuvent très bien être posées au Vietnam, telles que l'âge, la situation familiale, même la profession des parents du partenaire. Un commerçant peut très bien cesser à coopérer avec son partenaire s'il juge que cette personne n'est pas fiable. Le refus de vente n'est pas interdit ni par la loi commerciale ni par la loi sur la concurrence.

exécuté « avec probité, dans un esprit de coopération, de la manière la plus profitable aux parties et dans le respect de la confiance mutuelle ». L'article 414 du même Code relatif à l'exécution des contrats synallagmatiques impose, quant à lui, que « lorsque les parties à un contrat synallagmatique ont convenu d'un délai pour son exécution, chaque partie doit exécuter son obligation au terme convenu ». Le contrat est donc conclu pour être exécuté par les signataires jusqu'à son terme. Le retrait serait contraire aux principes d'ordre public.

459. L'hostilité jurisprudentielle à la cession de contrat. Dans un litige concernant la cession d'un bail commercial, la Cour d'appel de Hanoi⁹¹⁴ a déclaré nulle la cession sans que le propriétaire cédé n'y ait consenti. De même, la cession d'un bail d'exploitation a été jugée nulle pour absence de consentement du propriétaire du terrain⁹¹⁵. S'il est vrai que cette jurisprudence rare laisse à penser que la cessibilité du contrat n'a pas été mise en cause, la cession sera possible avec le consentement du cédé. Mais l'absence de disposition et de précision jurisprudentielle sur ce consentement y met un doute. Le législateur vietnamien règlemente la question de la cession de contrat dans des lois spécifiques. C'est ainsi que la cession est expressément prévue pour le contrat d'assurance⁹¹⁶ et pour le contrat de franchise.

460. Plan. En matière de franchise, la cession n'est possible que pour le franchisé (§ 1). Le franchiseur, quant à lui, peut s'y opposer. Son droit de refus connaît toutefois des limites législatives (§ 2).

§ 1. L'initiative de la cession

461. Le droit du franchisé de céder son contrat. Dans un louable souci de protéger le franchisé, les rédacteurs du décret n° 35 du 31 mai 2006 ont reconnu au franchisé le droit de céder son contrat. Il est en effet prévu que le franchisé peut céder le contrat de franchise à un

⁹¹⁴ CA Hanoi, 25 avr. 2005, arrêt n° 83/DSPT.

⁹¹⁵ CA Ho Chi Minh – ville, 7 mars 2008, arrêt n° 195/2008/DSPT.

⁹¹⁶ L'article 579 du Code civil ne prévoit que la cession de l'objet de l'assurance, et non le contrat d'assurance. Cette question est traitée par la loi sur l'assurance de 2000, modifiée en 2010. La cession de contrat doit suivre les formalités fixées par la circulaire 155/2007/TT-BTC du Ministère des finances. Il a été jugé qu'en cas de transformation du statut légal de la société (la société étatique vend ses actions au public pour devenir société anonyme), la cession de contrat d'assurance est parfaite sans avoir besoin du consentement de l'assureur cédé, un avis du changement du statut légal communiqué à ce dernier suffit. Cf. Cour populaire suprême, 28 nov. 2008, arrêt n° 14/2008/KDTM-GĐT.

tiers sous une double condition. D'une part, le franchisé cessionnaire doit être un commerçant opérant dans le secteur d'activité enregistré qui correspond à l'objet de la franchise⁹¹⁷. D'autre part, la cession est soumise à l'accord préalable du franchiseur⁹¹⁸, lequel doit justifier son refus.

462. Silence du texte quant à la possibilité pour le franchiseur de céder son contrat. Le texte n'évoque toutefois nullement la cession du contrat par le franchiseur. Celui-ci peut-il envisager la cession conventionnelle ? On y mettrait un doute. Il est vrai que l'on peut faire tout ce qui n'est pas expressément prohibé par la loi, ou contraire à l'ordre public ou encore aux bonnes mœurs et aux coutumes⁹¹⁹. Il serait toutefois judicieux de s'interroger sur le silence du texte. Pourquoi la loi commerciale et son décret d'application ne prévoient-ils que la possibilité pour le franchisé de céder le contrat de franchise, alors qu'ils ne fournissent aucune indication sur la cession pouvant être faite par le franchiseur ? Il semblerait que le silence dans ce cas signifierait la non-permission. Pour le législateur vietnamien, seule la personne du franchiseur titulaire de la marque et du savoir-faire est essentielle. Dès lors que cet élément essentiel change, le contrat doit changer et l'on parlerait alors de novation.

§ 2. Les limites du droit de refus

463. Charge de justification du refus. La cession peut présenter des avantages tant pour le cédant, en lui permettant de se libérer paisiblement du contrat, que pour le cessionnaire, en ce sens qu'elle n'exige pas la signature d'un nouveau contrat, ni le versement des droits d'entrée. Elle ne procure toutefois pas d'avantage au franchiseur. Elle pourrait au contraire exposer celui-ci à la multiplication des risques en ce sens que son savoir-faire, lequel consiste en informations et est donc non restituable, devrait dans ce cas être communiqué au cessionnaire alors qu'il est gardé par le franchisé cédant. Le franchiseur aurait donc tendance à chercher à empêcher la cession. Il doit toutefois prendre en considération l'intérêt de son partenaire qui, par exemple, suite à des résultats décevants, est amené à faire des restructurations conduisant

⁹¹⁷ Art. 15-1-a du décret n° 35.

⁹¹⁸ Art. 15-1-b dudit décret.

⁹¹⁹ L'article 57 de la Constitution vietnamienne de 1992 prévoit que « les citoyens sont libres de faire du commerce dans le respect de la loi ». L'article 79 du même texte énonce que dans l'exercice de leur droit, les citoyens doivent respecter « la Constitution, la loi, l'intérêt public et les mœurs ». Il en résulte qu'on pourrait faire tout ce qui n'est pas expressément interdit par la loi. Or, ni la loi commerciale de 2005, ni la loi sur les entreprises de 2005 interdisent expressément la cession du contrat de franchise.

ainsi à la cession des parts sociales. Le législateur vietnamien impose au franchiseur de répondre au franchisé dans les quinze jours ouvrables après la réception de sa demande écrite de cession de contrat⁹²⁰. La réponse écrite du franchiseur doit préciser de façon non-équivoque s'il accepte ou s'il refuse la cession envisagée par son franchisé. A l'expiration du délai, le silence du franchiseur vaut acceptation⁹²¹. Le franchiseur peut refuser la cession si une des cinq conditions suivantes est satisfaite : « a) le candidat à la cession ne répond pas aux critères financiers nécessaires à l'exploitation de la franchise tels qu'ils sont déjà précisés par le contrat de franchise ; b) le candidat à la cession ne répond pas aux critères de sélection établis par le franchiseur ; c) la cession de contrat portera préjudice de façon significative au réseau de franchise ; d) le candidat à la cession n'accepte pas par écrit de respecter les obligations contractuelles du franchisé cédant ; e) le franchisé cédant n'a pas exécuté les obligations qu'il aurait dû faire envers le franchiseur, alors que le candidat à la cession ne s'engage pas par écrit qu'il exécutera ces obligations à la place du franchisé cédant ».

464. Le franchiseur vietnamien ne peut donc refuser discrétionnairement la cession opérée par le franchisé. Le franchisé cédant est en effet capable de déterminer le profil de son remplaçant sans avoir à tenir compte des préférences du franchiseur cédé. Le changement des personnes doit être approuvé dès lors que celles-ci présentent la même somme de qualités pour la finalité du contrat. Cette solution évite l'inconvénient que présente l'*intuitu personae* en droit français qui laisse à penser que tout se passe comme si l'affection était la raison même de l'existence du contrat⁹²². Il semble toutefois paradoxal que le décret n'exige pas du franchisé de motiver la cession, alors qu'une obligation de justifier le refus incombe au franchiseur. Il serait d'autant plus injuste que le franchisé puisse céder le contrat même à un concurrent alors qu'il incombe au franchiseur de justifier, en cas de refus, que cette cession « portera préjudice de façon significative au réseau de franchise ». Il serait judicieux de permettre au franchiseur de refuser de plein droit la cession, ce qui est le cas en droit français⁹²³, dès lors que le cessionnaire est une société concurrente sans avoir à justifier le préjudice que cette cession risque de causer à son réseau.

⁹²⁰ Art. 15-2 du décret n° 35.

⁹²¹ Tel n'est pas le cas en droit français où le silence d'un franchisé ne vaut pas son acceptation de la cession opérée par le franchiseur. V. Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110, préc.

⁹²² D. KRAJESKI, art. préc.

⁹²³ Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. civ. IV, n° 111 ; CA Paris, 6 févr. 1992, D. 1992, somm. p. 389.

465. En définitive, au Vietnam, la prise en considération de la personne contractante est, semble-t-il, à sens unique : seule la personne du franchiseur est importante. Aucune disposition de la loi commerciale de 2005, ni de son décret d'application, ne prévoit la possibilité de céder le contrat par le franchiseur. Ces deux textes ne prévoient la possibilité que pour le franchisé de céder le contrat. En France, la cession de contrat peut être effectuée tant par le franchiseur que par le franchisé. La réussite de l'opération est subordonnée au consentement du cédé, lequel doit justifier sa décision en cas de refus.

Conclusion du chapitre I

466. La question de la cession de contrat en général et du contrat de franchise en particulier ne cesse de susciter en France des discussions doctrinales importantes, alors qu'au Vietnam, peu d'auteurs se sont penchés sur cette question⁹²⁴. En droit français, compte tenu de l'importance de l'*intuitu personae*, la cession du contrat de franchise n'est jamais de plein droit. Elle ne peut être valide que si le cédé y consent. Le caractère *intuitu personae* étant attaché tant au franchiseur qu'au franchisé, chacun des contractants peut s'opposer à ce que le contrat soit cédé par l'autre. Toutefois, il doit le faire pour juste motif, sous peine d'être sanctionné ultérieurement par le juge qui est souverain dans le contrôle de l'abus. L'auteur de la cession doit démontrer le caractère nécessaire de cette opération. Le cédé, quant à lui, s'il s'y oppose, doit justifier son refus par le danger que risque de provoquer la cession au réseau. L'égoïsme doit connaître ici des limites.

467. Le droit vietnamien, quant à lui, accorde le droit de céder le contrat au seul franchisé. Le refus d'agrément du franchiseur est limité par la loi qui se réfère à des critères objectifs. Cet objectivisme serait intéressant pour le droit français en ce sens qu'il pose des conditions claires que doit satisfaire la cession. Il permettrait aux entreprises de mieux s'adapter au changement permanent de la vie des affaires. Les entreprises, comme un auteur l'a remarqué, doivent considérer leurs contrats comme des éléments vivants et dynamiques qui se transforment pour s'adapter en permanence aux tendances et aux pressions du marché afin de maintenir leur avantage concurrentiel⁹²⁵. Il serait donc légitime de penser que le contrat de franchise est cessible dès lors que le cédant justifie la cession par le besoin de survie de son entreprise ou par l'amélioration de sa compétitivité sur le marché. Cette cession qui vise une meilleure exécution du contrat doit donc logiquement être acceptée par le cédé.

468. On ne peut toutefois que regretter le silence du législateur vietnamien quant à la cession du contrat par le franchiseur. Celui-ci est dans la majorité des cas constitué en société.

⁹²⁴ On ne peut citer que DO Van Dai qui traite cette question dans son livre portant sur « Le droit des obligations. Arrêts et leurs commentaires » (Pháp luật về nghĩa vụ dân sự và bảo đảm nghĩa vụ dân sự- Bản án và Bình luận bản án bình luận ban an, éd. Chính trị Quốc gia 2012.

⁹²⁵ L. AYNES, « Les clauses de circulation du contrat » in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », PUAM, 1990, p 131.

Il peut être confronté, lui aussi, à des difficultés le conduisant à restructurer son entreprise par fusion-absorption. Priver le franchiseur de la possibilité de céder son contrat, c'est le mettre devant un dilemme. Ou bien se restructurer pour pouvoir survivre, avec le risque de se heurter à la résiliation du contrat par le franchisé. Ou bien respecter le contrat de franchise et risquer d'être affaibli, voire se retrouver dans l'obligation de déposer son bilan.

L'échec de la cession conduit souvent à la résiliation du contrat. Toutefois, celui-ci peut être rompu par d'autres causes. Il est donc opportun de les étudier dans le chapitre qui suit.

Chapitre II

La rupture du contrat de franchise

469. Plan. Le contrat de franchise établit entre les parties une relation durable qui est fondée sur la confiance et la collaboration réciproques. Cette relation peut durer autant d'années qu'ils en sont satisfaits. Elle n'est pourtant pas éternelle. Que l'on songe à l'arrivée du terme, à la force majeure, aux changements de circonstances ou encore à l'inexécution des obligations. Lorsque les parties prévoient un terme à leur contrat, celui-ci prend fin à l'arrivée de ce terme sans qu'aucune des parties ne puisse prétendre la reconduction. Il est de règle bien établie dans les deux pays, sous l'empire de liberté contractuelle, qu'un franchiseur ou un franchisé qui ne renouvelle pas un contrat de franchise à son expiration est libre de s'établir où bon lui semble⁹²⁶. La force majeure, quant à elle, est « un événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince), le libère de son obligation ou de sa responsabilité »⁹²⁷. Elle est exclue de ce chapitre qui consiste notamment à analyser les comportements des contractants et non les événements survenus indépendamment de leur volonté rendant impossible l'exécution de leur contrat. Quant au changement de circonstances, il conduit les parties à renégocier les termes de leur contrat, voire y mettre fin. En dépit de nombreuses sollicitations doctrinales, les deux pays refusent toujours la révision judiciaire du contrat⁹²⁸. Ce chapitre se concentrera sur le non-renouvellement et l'inexécution du contrat. Après avoir étudié la mise en œuvre de ces deux modes de rupture du contrat (Section 1), il convient d'examiner leurs effets (Section 2).

⁹²⁶ En France, la Cour de cassation a décidé que « le non-renouvellement d'un contrat de concession venu à l'expiration est un droit pour le concédant qui n'engage sa responsabilité qu'en cas d'abus dans l'exercice de ce droit ». Cf. Cass. com., 21 oct. 1970, pourvoi n° 68-12882.

⁹²⁷ G. CORNU, *Le Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, PUF, 3^{ème} éd. 1992, p. 364.

⁹²⁸ LE MINH HUNG, *La validité du contrat en droit vietnamien (Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam)*, th. Université du droit de Hochiminh-ville, 2010, notamment chapitre 5, p. 154 et s. Pour une vue d'ensemble de droit comparé, V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », RDC, 2004, n° 1, p. 67.

Section 1 : Les modalités de la rupture

470. Plan. Le contrat de franchise peut être rompu non seulement en cas de faute commise par l'une partie au contrat (§ 1), mais également en l'absence de toute faute (§ 2).

§ 1. La rupture du contrat de franchise pour faute

471. Plan. La possibilité de la réitération de la réussite du franchiseur dépend de la bonne exécution du contrat de franchise. Chacun des contractants doit exécuter scrupuleusement ses obligations. Il doit collaborer avec son partenaire pour réaliser le but attendu du contrat. Tout manquement par l'une ou l'autre des parties à ses engagements est susceptible de remettre en cause le contrat et donc d'entraîner son extinction que ce soit en France (B) ou au Vietnam (A).

A. En droit vietnamien

472. Afin d'aménager la relation contractuelle en cas de faute commise par l'une des parties, le contrat de franchise prévoit souvent une clause résolutoire. Lorsqu'une faute est commise, il suffit à la victime de mettre en œuvre cette clause (1). Notons également que la victime peut procéder à la résiliation ou à la résolution en l'absence de toute stipulation contractuelle (2).

1.- Stipulation expresse

473. Sous l'empire de la théorie de l'autonomie contractuelle, le législateur vietnamien laisse aux parties la liberté d'aménager elles-mêmes leurs relations par des stipulations contractuelles. Lorsque le contrat prévoit une issue au contrat en cas de manquement à ses obligations contractuelles par l'une des parties, la victime de ce manquement n'est pas tenue de porter l'affaire devant le juge. Elle peut procéder à la résiliation unilatérale du contrat sur la base de l'article 426 du Code civil⁹²⁹, ou procéder à la résolution unilatérale sur le fondement

⁹²⁹ Qui prévoit, en son alinéa 1^{er}, qu' « une partie peut résilier unilatéralement le contrat, si la résiliation unilatérale est prévue par la loi ou conventionnellement par les parties » sans qu'aucun préavis ne soit nécessaire.

de l'article 425 du même Code⁹³⁰. Dans les deux cas, aucun préavis n'est nécessaire. Elle doit seulement informer « sans délai »⁹³¹ son débiteur de la résiliation ou de la résolution selon les termes du contrat. Le contrat cesse de produire effet à partir du moment où le débiteur est effectivement informé de la résiliation⁹³². Quant aux effets de la résolution, « le contrat résolu est réputé n'avoir produit aucun effet depuis sa conclusion ; les parties doivent procéder à la restitution de ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre »⁹³³.

2.- En l'absence de stipulation expresse

474. Il a été montré que le contrat de franchise en droit vietnamien peut être résolu⁹³⁴ ou résilié⁹³⁵ pour faute si le contrat ou la loi le prévoit expressément. En l'absence de stipulation contractuelle, c'est donc dans les lois spécifiques à chaque contrat que l'on doit chercher des solutions. En matière de franchise, la solution doit être recherchée dans la loi commerciale et ses textes d'application. Le choix entre la résolution et la résiliation est délicat compte tenu de l'incohérence de différentes dispositions. Ainsi, dans la partie relative à la franchise, le législateur ne prévoit que la possibilité pour une partie de résilier unilatéralement le contrat en cas de violation des obligations par l'autre partie. Aucune indication n'est donnée quant à la résolution dans cette partie relative à la franchise. Mais, dans le Chapitre VII relatif aux sanctions et règlement des litiges en matière commerciale, le législateur prévoit à la fois la résiliation et la résolution. Ainsi, l'article 310 de ladite loi accorde à au créancier le droit de résilier le contrat « 2. Lorsque l'autre partie commet une faute fondamentale au contrat ». L'article 312 prévoit que le contrat peut être résolu « b) Lorsqu'une partie commet une faute fondamentale au contrat ». Il résulte de ces deux articles que la résiliation ou la résolution peut être mise en œuvre en l'absence de toute stipulation. Dans les deux cas, une « faute fondamentale »⁹³⁶ est exigée. Ce chapitre, comme son nom l'indique, régit tous les litiges

⁹³⁰ Qui prévoit, en son alinéa 1^{er}, qu' « en cas de violation du contrat par une partie, l'autre partie peut résoudre le contrat sans être tenue à réparation s'il résulte de l'accord des parties ou d'une disposition de la loi que la violation de ses obligations par une partie est une cause de résolution du contrat ».

⁹³¹ Art. 426, al. 2 pour la résolution et art. 425, al. 2 pour la résolution.

⁹³² Art. 426, al. 3.

⁹³³ Art. 425, al. 3.

⁹³⁴ Alinéa 1 : En cas de violation du contrat par une partie, l'autre partie peut résoudre le contrat sans être tenue à réparation s'il résulte de l'accord des parties ou d'une disposition de la loi que la violation de ses obligations par une partie est une cause de résolution du contrat.

⁹³⁵ Alinéa 1 : Une partie peut résilier unilatéralement le contrat, si la résiliation unilatérale est prévue par la loi ou conventionnellement par les parties.

⁹³⁶ En vietnamien, c'est le « vi phạm cơ bản ». Une « contravention au contrat commise par une partie est considérée comme fondamentale si elle cause un tel préjudice à l'autre partie que celle-ci n'atteint pas le but

commerciaux, dont la franchise. Il semble toutefois opportun de se poser la question de savoir pourquoi le législateur ne prévoit pas la possibilité de résolution unilatérale dans la partie spécifique à la franchise. De même, le décret n° 35 portant application de cette loi est également muet sur la résolution du contrat. Tout cela laisse à penser que la résolution unilatérale en l'absence de stipulation contractuelle ne serait pas admise. Concentrons alors à la résiliation unilatérale.

a) La résiliation du contrat par le franchisé

475. L'article 16 du décret n° 35 du 31 mars 2006 prévoit, en son alinéa premier, que le franchisé peut résilier unilatéralement le contrat si le franchiseur « viole les obligations prévues par l'article 287 de la loi commerciale ». Incombent au franchiseur, en vertu de cet article, les obligations de « 1. fournir au franchisé les documents explicatifs sur le concept de la franchise ; 2. organiser une formation initiale et fournir une assistance technique régulière en faveur du franchisé, de manière à permettre à ce dernier d'exercer ses activités en conformité avec le concept de la franchise ; 3. prendre en charge la conception et l'emplacement des points de vente ou de prestation de service, aux frais du franchisé ; 4. garantir son droit de propriété intellectuelle faisant l'objet du contrat de franchise ; 5. assurer un traitement non discriminatoire à l'égard des franchisés dans le réseau de franchise ». Le droit reconnu au franchisé de résilier le contrat ne peut être exercé qu'en cas de violation de l'une des ces cinq obligations. Le franchisé ne peut donc rompre le contrat dans les cas par exemple où l'image de marque est dépréciée par le propre fait de son franchiseur. Ce droit pourrait être davantage limité parce que l'article 287 a un caractère supplétif. Il prévoit *in limine* que « sauf convention contraire des parties, le franchiseur a les obligations suivantes :... ». Le franchiseur est donc libre de limiter au minimum ses propres obligations dans le contrat qu'il rédige seul et limiter par conséquent les risques de voir le contrat résilié par son franchisé.

poursuivi par la conclusion du contrat » (art. 3-13 de la loi commerciale de 2005). Selon DO Van Dai, il s'agit d'une faute « lourde » ou « grave ». S'alignant sur le droit et la doctrine français, il considère que c'est « un mauvais emprunt au système anglo-saxon ». En effet, dans ce système, cette notion est « fundamental breach », l'abréviation de « breach of a fundamental term ». Il s'agit de la violation d'une clause principale du contrat. Cf. DO Van Dai, « De la notion de violation fondamentale dans le projet de loi commerciale », Rev. Etudes législatives, n° 9, 2004, p.59 et s. Du même auteur, « La résolution et la résiliation du contrat pour faute en droit vietnamien », art. préc. V. toutefois : VO Sy Manh, « Quelques réflexions sur la notion de contravention essentielle dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises » (Bản vè khái niệm vi phạm cơ bản trong Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế), Rev. Commerce Extérieur, n° 14/2005, p. 84.

b) La résiliation du contrat par le franchiseur

476. Texte. Il est prévu à l'alinéa 2 de l'article 16 du décret n° 35 que le franchiseur peut résilier unilatéralement le contrat lorsque « a) Le permis d'exercice commercial ou autres papiers reconnaissant le droit au franchisé de pratiquer la franchise est retiré ou expiré. b) la société franchisée est dissolue ou liquidée selon la loi vietnamienne ; c) le franchisé commet une faute importante affectant gravement la réputation du réseau de franchise; d) le franchisé n'a pas cessé les violations non-fondamentales après un délai raisonnable de mise en demeure infructueuse ».

477. Faute non-fondamentale. La faute grave commise par le franchisé peut donc justifier la résiliation de plein droit et sans délai par le franchiseur sans qu'aucune mise en demeure ne soit nécessaire. Quant à la faute « non-fondamentale », elle ne donne droit à résiliation unilatérale que suite à une mise en demeure restant infructueuse. Or, cette solution est manifestement contraire à l'article 312 de la loi commerciale qui ne permet à la victime de résilier unilatéralement le contrat qu'en cas de « faute fondamentale » commise par le débiteur. Il serait fort souhaitable d'écarter cette incohérence en permettant la résiliation unilatérale en cas de faute mineure répétitive. Dès lors, il importe de déterminer la gravité de la faute commise pour déterminer la modalité de la mise en œuvre préalable à la résiliation. Malheureusement, ni la partie spécifique à la franchise de la loi commerciale, ni son décret d'application ne définissent ce que peut être une « obligation non-fondamentale ». Un raisonnement *a contrario* permettrait toutefois de déduire que la « violation non-fondamentale » est une violation qui n'affecte pas directement le but poursuivi par la victime⁹³⁷. Pour éviter que le franchiseur profite de ce manque de clarté de la loi pour fixer discrétionnairement ce qui lui est « fondamental », il convient de confier au juge la mission de contrôler les modalités de la mise en demeure et le délai de préavis, comme c'est le cas en droit français.

478. En bref, s'il est vrai que la résiliation pour faute survenue pendant l'exécution du contrat répond mieux aux exigences de la pratique contractuelle, compte tenu de ses effets

⁹³⁷ Art. 3-13 de la loi commerciale de 2005 prévoit en effet que « la contravention au contrat commise par une partie est considérée comme substantielle si elle cause un préjudice tel à l'autre partie que celle-ci n'atteint pas le but poursuivi par la conclusion du contrat ».

non rétroactifs, il serait fort souhaitable de permettre à la victime, notamment le franchisé, de choisir entre la résiliation et la résolution, malgré l'absence de condition résolutoire ou l'absence de stipulation relative à la résiliation en cas de l'inexécution⁹³⁸. Sur ce point, le recours à l'article 312 de la loi commerciale est nécessaire. Le contrat de franchise est certes un contrat spécial qui doit obéir à un régime qui lui est spécifique⁹³⁹, mais la référence à d'autres dispositions de la même loi commerciale ou du Code civil n'est pas impossible. Elle est même souhaitable car la résolution du contrat permet au franchisé de récupérer ses investissements, alors que la résiliation ne donne lieu qu'à la réparation du préjudice dont le montant ne serait forcément pas équivalent aux dépenses déjà engagées. En outre, la résolution peut jouer un rôle préventif. Compte tenu de son effet rétroactif, elle pousse les parties non seulement à respecter strictement les obligations contractuelles mais encore à prendre au sérieux l'exercice du droit de rompre le contrat. .

Cette possibilité de choix existe en France.

B. En droit français

479. Résolution extrajudiciaire. En France, en principe, « la résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances »⁹⁴⁰. Le juge est le « seul maître des suites de l'inexécution du contrat »⁹⁴¹. La résolution unilatérale n'est admise avec quelques exceptions qu'en cas d'impossibilité d'exécution du contrat⁹⁴², d'urgence imposant d'agir vite afin d'éviter une aggravation du préjudice⁹⁴³, ou de perte de confiance dans les contrats *intuitu personae*⁹⁴⁴. L'adage selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi-même » régnait en maître pendant une longue période. Un arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 13 octobre 1998 est venu toutefois ébranler « le pilier du temple contractuel »⁹⁴⁵. La Haute Cour a statué que « la gravité du comportement d'une partie

⁹³⁸ C'est d'ailleurs souvent le cas parce que le franchiseur ne souhaite pas la résolution étant donné que celle-ci produit des effets rétroactifs conduisant à la restitution des redevances et des frais de formation, alors que la survivance de la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas certaine. Il a tendance à prévoir seulement la résiliation.

⁹³⁹ Donc la résolution unilatérale est impossible, eu égard des dispositions relatives à la franchise et du décret n° 35.

⁹⁴⁰ Art. 1184, al. 3 du Code civil français.

⁹⁴¹ D. MAZEAUD note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, *D.* 2001, p. 3239.

⁹⁴² Cass. com., 28 avril 1982, Bull. civ. IV, n° 145 ; RTD. civ., 1983, p. 340, obs. F. CHABAS.

⁹⁴³ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2001, n° 475.

⁹⁴⁴ E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », RRJ, 2000-4 (1), p. 1381 et s. n°s 12 et 13.

⁹⁴⁵ S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », LPA, 12 août 2002, n° 160, p. 8

à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »⁹⁴⁶. La troisième chambre de la Cour de cassation a également permis au créancier de résoudre le contrat s'il constate « l'existence d'un manquement grave aux obligations nées » de ce dernier⁹⁴⁷. Selon la doctrine, il résulte de ces arrêts que la Cour de cassation entend bien poser le principe de la résolution unilatérale du contrat, nonobstant l'article 1184 du Code civil qui impose que la résolution soit demandée en justice⁹⁴⁸.

480. En matière de franchise, lorsque le contrat prévoit expressément la possibilité pour le créancier de résoudre unilatéralement le contrat en cas de faute commise par le débiteur, la résolution est de plein droit⁹⁴⁹. Le rôle du juge se bornera à constater l'existence de la faute, sans avoir à rechercher le caractère suffisant ou non de sa gravité⁹⁵⁰. C'est dans ce sens que la Cour d'appel de Paris a jugé dans un arrêt rendu le 25 mai 2000⁹⁵¹. En l'espèce, constatant que son franchisé versait des commissions indues à une tierce société, le franchiseur a fait jouer la clause de résiliation du contrat pour rompre le contrat de plein droit et sans délai.

⁹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, pourvoi n° 96-21485, Bull. civ. I, n° 300 ; *D.* 1999, jur. p. 197, note C. JAMIN ; Defrénois, 1999, art. 36953, n° 17, obs. D. MAZEAUD. La même chambre a confirmé et renforcé sa position en statuant que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ». Cf. Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, pourvoi n° 99-15170, Bull. civ. I, n° 40 ; *D.* 2001, jur. p. 1568 et s. note C. JAMIN et somm. p. 3239, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Defrénois, 2001, n° 41, p. 705, obs. E. SAVAUX.

⁹⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 22 oct. 2002, pourvoi n° 01-12613, inédit. Notons que pour la première chambre civile, les deux modes sont soumis à des conditions légèrement différentes : dans la résolution unilatérale, il faut montrer la gravité du comportement et dans la résolution judiciaire la gravité de l'inexécution. Pour la troisième chambre civile, elles obéissent aux mêmes conditions : dans les deux cas, il faut démontrer la gravité de l'inexécution. Pour une application conséquente des régimes de la résolution unilatérale, V. DO Van Dai et M. P-H. CHANG, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », *LPA*, 9 avr. 2004, n° 72, p. 3.

⁹⁴⁸ Commentant l'arrêt du 13 octobre 1998 (note préc., *D.* 1999, jur., p. 197, n° 4), C. JAMIN considère que « le fait de ne pas avoir invoqué l'état de nécessité, ni l'urgence, et de s'en être tenu à la seule gravité du manquement reproché au médecin, montre que la Cour de cassation a entendu poser un principe directement concurrent de celui fixé par l'article 1184 du Code civil, puisqu'elle s'est bornée à en reprendre le critère habituel d'appréciation ». De même, commentant l'arrêt du 20 février 2001 (note préc. *D.* 2001, p. 1568), le même auteur a aussi remarqué que « la première chambre civile entend non point s'en tenir à une exception, mais bien poser un principe concurrent à celui qui existe quand la résolution est prononcée par le juge ». DO Van Dai et M. CHANG, quant à eux, soulignent que ce principe est souhaitable en ce qu'il permettra un « désengorgement » des tribunaux, une harmonisation du droit français avec d'autres systèmes juridiques, une meilleure satisfaction des exigences de la pratique, de rapidité et d'équitable. Cf. DO Van Dai et M. P-H. CHANG, art. préc. n° 8.

⁹⁴⁹ Cass. com., 13 janv. 2009, pourvoi n° 08-12375.

⁹⁵⁰ F.-L. SIMON, « Contrat de franchise et variété de clauses de résiliation », 16 avr. 2009, n° 76, p. 6. La solution est constamment admise par les juridictions du fond : CA Paris, 19 juill. 2006 (Juris-Data n° 315024) qui a souligné à juste titre que l'exercice d'une telle clause de résiliation était « discrétionnaire, sauf abus de droit (...), dès lors que les conditions de mise en jeu de la résiliation sont réunies, sans que le juge soit tenu d'examiner l'importance du manquement allégué ». La solution a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 déc. 2004, pourvoi n° 02-13638, Bull. IV, 2004, n° 221 p. 247.

⁹⁵¹ CA Paris, 25 mai 2000, SA Flam Services/c. S.A. Europcar France, *Gaz. Pal.* 1^{er} févr. 2001, n° 32, p. 30, note H. VRAY.

Devant la Cour d'appel, le franchisé a contesté la résiliation intervenue après 24 années de relations contractuelles et le caractère intentionnel de son comportement. Les juges parisiens ont toutefois admis la résiliation de plein droit sans rechercher l'intention de nuire ni l'incidence financière du comportement fautif, parce que le comportement du franchisé a altéré gravement la relation de confiance sans laquelle l'exécution du contrat de franchise devient impossible. Cet alignement des juges parisiens sur la position dissuasive de la première chambre de la Cour de cassation précitée⁹⁵² est salubre, car il met en exergue la confiance mutuelle devant résider au cœur de la franchise⁹⁵³.

481. Mais il se peut que la clause de résiliation soit formulée de façon abstraite, prévoyant simplement, par exemple, que l'une des parties peut résilier unilatéralement le contrat si l'autre partie viole une des obligations essentielles⁹⁵⁴. Au Vietnam, aucun arrêt n'a été rendu en matière de franchise. En France, afin d'évaluer la licéité de la résiliation, le juge français se livre à un contrôle de proportionnalité. Si le franchiseur, pour fonder la résiliation du contrat s'appuie sur des fautes du franchisé qui apparaissent dérisoires par comparaison avec celles que lui-même a commises, la résiliation du contrat de franchise est prononcée à ses torts exclusifs⁹⁵⁵.

2.- En l'absence de stipulation contractuelle

482. Principe (rappel). En France, en l'absence de clause résolutoire, le créancier de l'inexécution doit procéder à la résolution judiciaire, c'est-à-dire saisir le juge qui est le seul à

⁹⁵² Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, pourvoi n° 96-21485, Bull. civ. I, n° 300.

⁹⁵³ H. VRAY, art. préc. Dans ce sens : Cass. com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 05-19090. La Cour a statué que « le manquement grave au devoir de loyauté du franchiseur, justifie la résolution judiciaire du contrat à ses torts ».

⁹⁵⁴ Que l'on songe à la clause de rupture du contrat de franchise Hapro, laquelle prévoit en effet que « le franchisé peut résilier unilatéralement le contrat si le franchiseur n'exécute pas une ou toutes ses obligations » (art. 11. B). Un contrat de franchise cosmétique entre un franchiseur français et un franchisé vietnamien prévoit même que « le présent Contrat prendra fin dans les cas suivants : (...) résiliation unilatérale par l'une des deux parties » sans fixer les conditions de cette résiliation (art. 10).

⁹⁵⁵ CA Paris, 28 févr. 2008, Juris-Data n° 2008-361041. En l'espèce, pour justifier sa demande de résiliation, le franchiseur se prévalait des retards de paiement de son franchisé. La Cour d'appel a toutefois considéré que, quelque soient les griefs émis par le franchiseur, à partir du moment où il a violé de manière flagrante son obligation contractuelle d'exclusivité territoriale, cela suffit à justifier une résiliation du contrat de franchise à ses torts exclusifs. La résiliation est également prononcée aux torts exclusifs du franchiseur lorsque le manquement du franchisé, dont il se prévaut pour justifier la résiliation du contrat, n'est pas avéré : CA Paris, 28 févr. 2008, Juris-Data n° 2008-361041 ; CA Rennes, 3 juin 2008, Juris-Data n° 2008-007112. La résiliation est prononcée aux torts exclusifs du franchisé lorsque le manquement du franchiseur, dont il se prévaut pour justifier la résiliation du contrat, n'est pas avéré : CA Paris, 7 janv. 2009, RG n° 06/029228 ; CA Lyon, 8 nov. 2007, RG n° 05/06933 ; CA Lyon, 28 févr. 2008, Juris-Data n° 2008-365609 ; CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931 ; CA Lyon, 28 févr. 2008, Juris-Data n° 2008-365609.

pouvoir prononcer l'anéantissement du contrat. Il s'agit d'une application classique de l'article 1184 du Code civil. La jurisprudence retient des solutions variées. Selon la Cour de cassation, lorsque le contrat ne contient « aucune clause expresse de résolution, il appartient aux juges d'apprécier si l'inexécution partielle d'une des obligations contractées par le débiteur avait assez d'importance pour que la résolution des conventions dû être immédiatement prononcée »⁹⁵⁶. C'est donc au créancier de rapporter la preuve de l'inexécution et de démontrer sa gravité. Lorsque la faute commise est jugée mineure, le contrat sera réputé avoir été résilié aux torts de l'auteur de la résiliation⁹⁵⁷. En exerçant son droit de rupture de manière abusive, le créancier crée un préjudice au débiteur qu'une simple réparation en dommages-intérêts peut ne pas satisfaire⁹⁵⁸. C'est ainsi que la jurisprudence a sanctionné le franchisé qui avait tenté de résilier le contrat en considération de griefs de moindre importance⁹⁵⁹. A la différence de la résolution unilatérale qui prend effet au moment de la réception de la notification, la résolution judiciaire ne prend effet qu'à partir du moment de la décision du juge.

483. Exception. Depuis la publication de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 octobre 1998⁹⁶⁰, les juges du fond n'ont pas manqué d'admettre la possibilité pour une partie à un contrat de franchise de rompre unilatéralement le contrat, même en l'absence de toute stipulation contractuelle, au cas où il y aurait une faute particulièrement grave brisant le climat de confiance et rendant impossible la poursuite des relations contractuelles jusqu'à leur terme. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 27 février 1989⁹⁶¹ en donne une illustration. En l'espèce, un contrat de franchise a été conclu pour une durée d'un an renouvelable. Après avoir vainement tenté d'obtenir de son franchiseur l'autorisation d'ouvrir des magasins sous l'enseigne de celui-ci, le franchisé a ouvert un magasin dans lequel il a mis en vente un certain nombre de produits similaires à la

⁹⁵⁶ Cass. ch. req. 4 juin 1888, DP 1889 I, p. 248.

⁹⁵⁷ En principe, la victime de la résiliation fautive peut demander le maintien du contrat. Mais cela est peu probable dans le contexte de la franchise qui repose sur la collaboration et la confiance mutuelle. Or, elles disparaissent lorsque le contrat est résilié par une des parties. Le maintien du contrat qui a fait l'objet d'une résiliation n'est donc pas souhaitable pour la victime.

⁹⁵⁸ En ce sens : STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th. Aix-Marseille III, 1999, LGDJ 2000, p. 151.

⁹⁵⁹ CA Lyon, 28 févr. 2008, Juris-Data n° 365609.

⁹⁶⁰ La Cour a eu souvent l'occasion de rappeler ce principe : Cass. com., 20 févr. 2007, pourvoi n° 05-18657 (concernant un contrat d'exclusivité pour la distribution des produits de la société CMMC) ; Cass. com., 10 févr. 2009, pourvoi n° 08-12415. La gravité du comportement d'une partie à un contrat synallagmatique peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ; Cass. com., 7 avr. 2010, pourvoi n° 06-15590 ; Cass. com., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-13296, Bull. 2010, III, n° 98.

⁹⁶¹ CA Paris 27 févr. 1989, cité par J.-P. CLEMENT in « la franchise : 20 de jurisprudence », n° 40, p. 98.

gamme Conformia du franchiseur. Le franchiseur a alors mis unilatéralement et immédiatement fin au contrat de franchise. Les juges du fond ont déclaré non fautive cette résiliation en relevant que la répétition et la gravité des actes du franchisé ne pouvaient être tolérées passivement par le franchiseur, puisqu'ils ont chaque fois fait l'objet de mises en demeure dans le but de les faire cesser.

484. Preuve. L'auteur de la rupture unilatérale doit rapporter la preuve qu'il est victime d'une faute grave. Dans le cas contraire, la résiliation sera prononcée à ses torts. La Cour d'appel de Versailles a jugé dans ce sens dans un arrêt rendu le 13 mai 2004. En l'espèce, un contrat de franchise avait été conclu pour une durée déterminée. Quelques mois après la signature du contrat, le franchisé a notifié au franchiseur la résiliation du contrat aux motifs qu'il avait manqué, d'une part, à l'obligation légale d'information précontractuelle et, d'autre part, à l'obligation d'assistance technique. Considérant cette résiliation unilatérale injustifiée, le franchiseur a assigné le franchisé en paiement de redevances contractuellement dues ainsi qu'en versement de dommages et intérêts. Les juges du fond ont rappelé qu'en application de l'article 1184 du Code civil, il ne peut être valablement mis fin de manière anticipée au contrat de franchise liant les parties qu'à la condition que la preuve soit rapportée d'un manquement suffisamment grave de l'une d'entre elles à ses obligations contractuelles. Or, le franchisé a traité directement avec le fournisseur de cet équipement et a obtenu du franchiseur la mise à disposition d'un nouveau matériel dans l'attente que le matériel commandé par ses soins soit opérationnel. La Cour d'appel a donc conclu que c'est à juste titre que « les premiers juges ont prononcé la résiliation judiciaire aux torts exclusifs du franchisé ayant pris l'initiative de la rupture du contrat de franchise »⁹⁶².

485. En définitive, en l'état actuel du droit positif des deux pays, la rupture du contrat pour faute ne présente pas de réelle différence : les contractants sont libres de prévoir la conséquence du manquement contractuel et la modalité de sa mise en œuvre sans avoir à recourir au juge. Lorsque le contrat prévoit les fautes à cause desquelles la victime peut résilier le contrat, le juge, s'il est saisi, se borne à constater l'existence de la faute. Il doit apprécier la gravité de cette faute. L'appréciation est objective lorsque la faute tient à une défaillance d'ordre matériel. Elle est subjective si le manquement relève d'une défaillance

⁹⁶² CA Versailles, 13 mai 2004, cité par Y. AL SURAIHY, *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008, p. 168.

comportementale. L'admission de résiliation unilatérale du contrat paraît opportune sur le plan économique. Elle s'adapte mieux à la rapidité du marché et s'avère, par conséquent, une mesure plus efficace⁹⁶³. Lorsque le contrat ne contient pas de clause résolutoire, la solution est différente. En France, la victime peut choisir entre la résolution et la résiliation, alors qu'au Vietnam le choix est délicat compte tenu de l'incohérence entre les différentes dispositions de la loi commerciale. Lorsque la faute est mineure ou « non fondamentale », ni la résolution ni la résiliation n'est possible, ces deux modes de rupture n'étant envisageables que pour la faute « fondamentale », alors que les dispositions relatives à la franchise et le décret n° 35 du 31 mars 2006 prévoient la résiliation. Lorsque la faute est « fondamentale », la résolution pourrait être mise en œuvre sur le fondement des dispositions générales relatives aux conséquences de l'inexécution prévues par la loi commerciale. Compte tenu de l'incohérence législative, il est opportun pour les contractants d'aménager eux-mêmes l'issue contractuelle par une clause résolutoire. Cette dernière, outre son efficacité en cas de litige, constitue un moyen dissuasif pour assurer la discipline au sein du réseau⁹⁶⁴. En effet, la menace de perdre le contrat pesant sur le franchisé fait que celui-ci s'efforce d'exécuter scrupuleusement ses obligations. Cela permet au final d'assurer l'homogénéité du réseau et de le rendre plus efficace, plus apte à faire face à ses concurrents.

486. Le droit de rupture unilatérale n'est toutefois pas sans inconvénient. Il incombe désormais à la partie éconduite de saisir le juge pour contester la rupture. Pour pouvoir recevoir des dommages-intérêts, elle doit rapporter la preuve du préjudice causé par la rupture du contrat, conformément au droit commun de la responsabilité. Tout comme en matière d'abus dans la fixation du prix, la partie faible dans la rupture de la relation contractuelle n'a pas forcément la faculté intellectuelle ou financière pour contester la résiliation en recourant au juge. La doctrine n'a pas manqué de critiquer ce nouveau principe du « privilège du préalable »⁹⁶⁵ en soulignant qu'il conduit à « ajouter la force à la force »⁹⁶⁶. Mais, compte

⁹⁶³ J. SIMON, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in « Le juge et le droit de l'économie », Mél. P. BEZARD, Montechrestien, 2002, p.151.

⁹⁶⁴ DO Van Dai et M. CHANG (art. préc., n° 8) observent qu'un créancier raisonnable ne résout le contrat que lorsque l'obtention de l'avantage escompté est affectée par l'inexécution. Par conséquent, si le débiteur veut éviter la tâche de faire intervenir la justice, il n'a qu'à exécuter correctement le contrat. On retrouve alors l'idée de PORTALIS selon laquelle « On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise ». Cf. J.-E.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs du titre de la vente », in « Écrits et discours juridiques et politiques », PUAM, 1988, p. 132.

⁹⁶⁵ R. ENCINAS de MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 1996, spéc. n° 467, p. 374.

tenu de ses nombreux avantages⁹⁶⁷, il ne serait pas question de remettre en cause ce droit de rupture unilatérale en cas de faute grave. Il suffirait, comme une partie de la doctrine l'a relevé, d'imposer au créancier une obligation de notification préalable précisant clairement les motifs de la résolution, sauf en cas d'urgence⁹⁶⁸. Au Vietnam, aucune disposition du droit positif ne permet de sanctionner ce comportement. La jurisprudence française, quant à elle, adopte une solution dissuasive en précisant que l'auteur de la rupture unilatérale procède « à ses risques et périls »⁹⁶⁹. Elle n'a pas manqué de prononcer la résiliation aux torts de son auteur lorsque celui-ci n'a allégué que de causes dérisoires⁹⁷⁰. Cette solution pourrait être transposée au Vietnam pour prévenir les comportements égoïstes nocifs à la franchise.

Notons enfin qu'outre la rupture du contrat pour faute, il est des cas où la relation est rompue alors même qu'aucune faute ne serait commise.

§ 2. La rupture du contrat en l'absence de faute

487. Lorsqu'aucune faute n'est commise par l'une des parties, hormis une résiliation amiable *mutuus dissensus*, il est de principe dans les deux pays qu'un contrat à durée déterminée ne peut être rompu ni par l'un ni par l'autre contractant. Le contrat est conclu pour être exécuté et non pour être résolu⁹⁷¹. C'est l'application de l'adage *pacta sunt servanda*⁹⁷², d'origine canonique, qui impose le respect de la parole donnée pour ne pas tomber dans le péché. Toutefois la liberté contractuelle implique la liberté de contracter, de ne pas contracter ou de ne plus contracter. Les contractants doivent donc être libres de prévoir la possibilité

⁹⁶⁶ C. JAMIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, *D.* 2001, p. 1568 et s. spéc. p. 1570.

⁹⁶⁷ La doctrine parle, par exemple, du « désengorgement » des tribunaux, de l'harmonisation du droit français avec d'autres systèmes juridiques, de meilleure satisfaction des exigences de la pratique, de rapidité et d'équitable. Cf. DO Van Dai et M. P-H. CHANG, art. préc. n° 8.

⁹⁶⁸ DO Van Dai et M. P-H. CHANG, art. préc. n° 14. La jurisprudence a rappelé récemment que la forme de la résiliation était susceptible d'en impacter la validité. Ainsi, dans une affaire donnant lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, le franchiseur entendait se prévaloir de la clause résolutoire prévue par le contrat de franchise en raison de la violation, par le franchisé, de la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat. Cette clause permettait au franchiseur de résilier immédiatement le contrat par simple lettre recommandée. Néanmoins, le franchiseur n'ayant pas visé dans son courrier la violation par le franchisé de la clause de non-concurrence, les juges rennais ont considéré que la rupture unilatérale du contrat de franchise par le franchiseur revêtait un caractère fautif. Cf. CA Rennes, 3 juin 2008, *Juris-Data* n° 2008-007112.

⁹⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, préc.

⁹⁷⁰ CA Versailles 13 mai 2004, préc.

⁹⁷¹ DO Van Dai, art. préc.

⁹⁷² Il s'agit d'une locution latine signifiant que les parties sont désormais liées au contrat venant d'être conclu et qu'à ce titre elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cet accord. C'est un principe de droit des obligations et de droit international public. Cf. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd. Litec, 1992, spéc. n° 293, p. 618 et s ; LE Minh Hung, *La validité du contrat en droit vietnamien (Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam)*, th. Université du droit de Hochiminh-ville, 2010, p. 23.

pour chacun de se retirer du théâtre contractuel et d'en fixer les modalités de la mise en œuvre, les engagements perpétuels étant interdits⁹⁷³, sans avoir à justifier le départ. Ce principe de l'indifférence des motifs de la rupture du contrat trouve sa justification, selon M. PETIT, « dans les impératifs du commerce, et plus précisément dans la nécessité pour les agents économiques de s'adapter très rapidement aux fluctuations de l'offre et de la demande sur le marché qu'ils occupent »⁹⁷⁴. Chaque contractant ne saurait prétendre à la pérennisation du lien relationnel l'unissant à son partenaire alors que la spécificité du cadre économique au sein duquel évoluent les parties a changé, rendant inopportune la continuation de la relation. Mais dans un contrat de collaboration basée sur la réalisation d'une œuvre commune comme la franchise, il peut paraître « injuste d'admettre que tout partenaire puisse librement user de son droit de mettre unilatéralement fin à la relation sans avoir à motiver sa décision et donc, ce faisant, sans aucun égard pour le passé relationnel commun »⁹⁷⁵.

488. Plan. Comment peut-on alors concilier le droit de rompre et la quête de pérennisation de la partie faible qui a tout investi pour la réalisation d'une œuvre commune ? Il est regrettable que le législateur vietnamien ne se soit pas penché sur cette question, tandis que la doctrine reste muette. Il n'en va pas de même en France où la stabilisation des relations commerciales est toujours un sujet de préoccupation, tant pour la jurisprudence que pour le législateur⁹⁷⁶. A cette fin, ce dernier a édicté en 1996 une loi appelée loi Galland⁹⁷⁷. Cette loi a modifié l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Elle a créé de nouveaux délits

⁹⁷³ Art. 1780 du Code civil français. Le Conseil constitutionnel a même consacré la valeur « constitutionnelle » du droit de rompre unilatéralement et à tout moment un contrat à durée indéterminée : « 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 ». Cf. Cons., const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, loi relative au pacte civil de solidarité. Pour une étude approfondie de la question, V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2004, p. 187 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 9^e éd. p. 480 ; A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, 2005, p. 237. Le droit vietnamien, quant à lui, ne fait aucun obstacle à ce que l'une des parties mette fin à un contrat à durée indéterminée. La résiliation unilatérale est souvent considérée par la doctrine française comme inhérente à la nature même du contrat à durée indéterminée et comme le corollaire de l'interdiction des engagements perpétuels. Cf. C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001, n°s 188 et s. ; J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, th. LGDJ, 1969, préf. R. NERSON, spéc. n°s 182 et s. ; B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973.

⁹⁷⁴ S. PETIT, « La rupture abusive des relations commerciales », LPA18 sept. 2008, n° 188, p. 33. Dans le même sens : C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, préf. C. JAMIN, PUAM, 2006, spéc. n°s 558 et s.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ D. MAZEAUD l'a exposé en ces termes : « La question de la rupture du contrat est aujourd'hui au cœur des préoccupations du législateur, elle est le terreau de moult turbulences jurisprudentielles et le ferment de controverses doctrinales ». Cf. « Durées et Ruptures », in « Durée et exécution du contrat », RDC 2004, p. 129. V. également, J. BEAUCHARD, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture de relations commerciales continues », LPA, 5 janv. 1998, n° 2, p. 14 et s.

⁹⁷⁷ L. n° 96-588, 1^{er} juill. 1996, JO 3 juill. 1996, p. 9983.

civils concernant la rupture brutale des relations commerciales établies et l'obtention d'avantages manifestement dérogatoires sous la menace d'une rupture de ces relations. Les dispositions de cette loi ont été modifiées par la loi sur les nouvelles régulations économiques NRE du 15 mai 2001⁹⁷⁸. Ces dispositions ont ensuite été codifiées à l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Désormais, la rupture d'une relation commerciale doit respecter un délai de préavis raisonnable (A) et être exempt de tout abus (B).

A. L'obligation de respecter un délai de préavis

489. Texte. L'article L 442-6 du Code de commerce français prévoit qu' « I.-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 : 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ». Ce texte, souvent présenté comme le texte phare du droit des contrats commerciaux, génère le volume de contentieux le plus important. On constate en effet une disproportion entre la forte application des dispositions en matière de rupture brutale des relations commerciales et la faible application des autres dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce relative à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées. La notion attrape-tout de « relation commerciale établie » présente deux difficultés quant à son champ d'application et la détermination du préavis.

490. Champ d'application. La majorité de la doctrine française estime que l'expression de « relation commerciale établie » employée par cet article comprend non seulement la relation d'affaires à durée indéterminée mais aussi celle constituée par une succession de contrats à durée déterminée⁹⁷⁹. La jurisprudence, quant à elle, appréhende la notion de « relation

⁹⁷⁸ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, JO 16 mai 2001, p.7776.

⁹⁷⁹ J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, op.cit. n° 1286 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, 2006, n° 681 ; A.-V. EECKOUT, « La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires », RDC 2005, p.491 ; A. DE BROSES, « La rupture fautive de relations commerciale établies », in « Dossier Contrats de distribution L'équilibre enfin trouvé ? », Dr. patr. 2003, n°116, p. 50 ; A. GRIZAU, « Rupture brutale des relations commerciales : Réflexion sur les premiers cas d'application de l'article L.442-6 », in « Dossier Contrats de distribution L'équilibre enfin trouvé ? », Dr et patr. 2003, n°116, p.71 ; D. MAINGUY, « Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies »,

commerciale établie » de manière très large : elle est susceptible de s'appliquer à toute forme de relation d'affaires, qu'elle fasse ou non l'objet d'un contrat écrit, qu'il s'agisse de relations à durée indéterminée ou déterminée. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 27 avril 2011 fournit une illustration.

En l'espèce, la société La Maison coloniale internationale (LMCI) et la société Sol Y Sombra ont entretenu des relations commerciales régulières depuis le 22 juin 2000. Un projet de contrat de franchise, daté du 2 avril 2003, a été rédigé mais n'a été signé par aucune des parties. En raison de nombreuses difficultés rencontrées par son partenaire, le « franchiseur » l'a exonéré de redevances pour la période de janvier à juin 2005. Le « franchisé » a procédé, le 12 décembre 2005, à l'annulation de ses commandes antérieures et a mis fin aux relations commerciales entretenues jusqu'alors avec le « franchiseur ». Estimant abusive et brutale la rupture par son partenaire des relations commerciales qu'il entretenait avec lui, le « franchiseur » l'a assigné aux fins de le voir condamné à régler les factures restées impayées et à indemniser le préjudice résultant de la rupture. La Cour d'appel de Paris a rejeté sa demande au motif que le franchisé a versé au débat les pièces démontrant qu'à compter du 16 décembre 2005 il a entendu cesser toute relation commerciale avec le franchiseur.

La Cour de cassation a toutefois censuré cet arrêt en relevant « que les intéressées ont entendu inscrire leurs rapports commerciaux dans le cadre d'une relation de franchise de distribution dès juin 2000 ». Dès lors, en décidant que la Société SOL Y SOMBRA « était en droit de rompre sans préavis les relations commerciales établies, la Cour d'appel a violé [...] l'article L 442-6, I, 5° du Code de commerce »⁹⁸⁰.

491. Durée du préavis. Selon les termes dudit article, le délai du préavis doit être fixé en « tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords

JCP E 2003, n°51, p.1792 ; P. VERGUCHE, « La rupture brutale d'une relation commerciale établie », RJC, 1997, p. 129 ; D. FERRIER, « L'article L.442-6-I, 5° du Code de commerce s'applique à tout forme de rupture brutale de tout type de relations commerciales », *D.* 2003, p. 2433 ; F.-X. LICARI, *op.cit.* p. 502 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op.cit.* p. 158 et s. ; J. BEAUCHARD, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture de relations commerciales continues », LPA 5 janvier 1998, n° 2 et s.

⁹⁸⁰ Cass. com., 27 avr. 2011, pourvoi n° 09-69251. On ne peut non plus arguer d'une baisse d'activité pour échapper à cette disposition. La Cour d'appel de Chambéry du 8 juill. 2010 a ainsi récemment refusé de tenir compte de la crise économique et des chutes de commandes qui en résultent pour écarter l'application de l'article L.442-6, I, 5°. Cf. Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law », RDC 1 janv. 2010, n° 1, p. 407 ; Soraya Amrani Mekki et Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le droit des contrats octobre 2008 - décembre 2009 », *D.* 2010, p. 224. Selon les auteurs, il pourrait être envisageable de tenir compte de l'évolution des circonstances économiques, et notamment des contextes de crise économique, pour justifier une rupture ou une chute brutale du courant d'affaires.

interprofessionnels ». Malheureusement, dans la plupart des secteurs d'activité, ces « accords » n'existent pas. A défaut d'usages reconnus ou d'accord professionnels, c'est le juge qui apprécie souverainement la durée du préavis.

En matière de franchise, selon la Cour d'appel de Paris, c'est l'ancienneté des relations commerciales dont il faut tenir compte pour apprécier le caractère suffisant de la durée du préavis. En l'espèce, un premier contrat de franchise a été signé en 1994, pour une durée de 5 ans. A l'échéance de celui-ci, les parties ont négocié un nouveau contrat en mars 1999 pour une nouvelle période de 5 ans et ont poursuivi leurs relations sans toutefois que ce nouveau contrat ne soit signé. En mai 2000, le franchiseur a annoncé qu'il cesserait tout approvisionnement à compter de septembre 2000, au motif que la présence de sa marque en Nouvelle-Calédonie n'était pas justifiée. Selon les juges parisiens, il s'agissait d'une « brusque rupture du contrat de franchise sur les conditions détaillées duquel les parties s'étaient pourtant mises d'accord cinq mois avant l'échéance du premier contrat de franchise ». Cette rupture brutale constitue donc « un fait fautif indemnisable par application de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce, eu égard à l'ancienneté des relations commerciales existant entre les parties »⁹⁸¹.

Toutefois, dans une autre affaire, la même Cour⁹⁸², dans un arrêt rendu le 23 février 2007, a pris en considération non seulement la durée de la relation mais également l'état de dépendance économique de la victime⁹⁸³. Cette dépendance est caractérisée par un engagement d'exclusivité, ainsi que de l'existence d'une clause de non-concurrence pour déterminer un préavis suffisant. En l'espèce, un contrat de « concession de distribution »⁹⁸⁴ a été conclu pour une durée d'un an renouvelable par tacite reconduction. Le contrat a été rompu par le concédant après 13 années de collaboration deux mois et demi seulement avant l'expiration de la période contractuelle en cours. Ce délai, selon la Cour, est nettement insuffisant au regard, d'une part, de la durée de la relation commerciale et, d'autre part, de la dépendance économique dans laquelle se trouvait la victime. Le délai raisonnable doit être dans ce cas d'espèce de deux ans, selon les juges parisiens.

⁹⁸¹ CA Paris, 9 mai 2007, Juris-Data n° 2007-340200. V. toutefois : Cass. com., 31 janv. 2006, n° 03-13739. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait écarté l'appréciation des premiers juges fondée sur la seule « durée des relations contractuelles ».

⁹⁸² CA Paris, 23 févr. 2007, Juris-Data n° 2007-336518. V. aussi : Cass. com., 11 juin 2006, pourvoi n° 04-20592. La Cour a approuvé les juges du fond qui avaient déterminé la durée du préavis « au regard de la nature, la durée et l'importance des relations financières des relations ».

⁹⁸³ Il convient de noter que la brutalité de la rupture des relations commerciales établies peut être constatée « indépendamment de toute situation de dépendance économique ». Cf. Cass. com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-17575.

⁹⁸⁴ Selon la cour, ce contrat a été faussement qualifié par les parties.

492. Il peut y avoir rupture brutale bien que son auteur ait respecté un délai de préavis contractuellement fixé⁹⁸⁵ si celui-ci est insuffisant par rapport à l'ancienneté des relations entre les parties, à la dépendance de la victime par rapport à l'auteur de la rupture et à la notoriété des produits. Ce pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation de la durée suffisante du préavis a pour avantage que le franchisé a droit à une protection minimale garantie, qu'aucune clause ne peut venir écarter. Force est toutefois de constater que dans la pratique la partie qui rompt un contrat de franchise ne sait pas toujours de façon certaine si la relation qu'elle a nouée avec son partenaire constitue une « relation commerciale établie ». Même si la réponse a été trouvée, il ne sait jamais de façon certaine si le préavis qu'il définit et accorde à son cocontractant constitue un préavis suffisant pour faire échec à un grief de rupture brutale⁹⁸⁶. Les appréciations portées sur les délais de préavis exigibles pourraient devenir source d'imprévisibilité, voire d'insécurité juridique⁹⁸⁷. Puisqu'elles varient sensiblement d'une juridiction ou d'une circonstance à l'autre⁹⁸⁸, il serait « impossible de prévoir un délai juste »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ Le préavis fixé par ce contrat litigieux était de 3 mois. La jurisprudence s'avère très sévère même dans les cas où il existe une petite différence entre le délai contractuellement fixé et le délai jugé nécessaire. La rupture a ainsi été jugée brutale parce que la victime avait eu quatorze mois de préavis alors que selon les juges du fond, elle aurait dû en avoir dix-huit. Cf. CA Lyon, 10 avr. 2003 ; CA Douai, 5 déc. 2002, Lettre distrb. mars 2003, p. 3 ; CA Versailles, 14 oct. 2004.

⁹⁸⁶ E. DUMINY et J.-D. BRETZNER, « Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes) », RDC 2011, n° 1, p. 321.

⁹⁸⁷ K. Le COUVIOUR, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », RTD com. 2008, p. 1. L'auteur milite pour l'admission sélective d'une indemnité de cessation de relations qui « serait destinée à prendre en compte la liquidation d'une relation commerciale rendue nécessaire du fait de son insuffisante rentabilité », n° 52 et s. Dans le même sens : S. LE GAC-PECH, « Rompre son contrat », RTD civ. 2005, p. 223 ; M. GAUTIER s'interroge, quant à lui : « ne vaut-il mieux pas, une fois encore, appeler un chat un chat et faire cesser cette « tolérance assez peu compréhensible » du juge à l'égard des concédants, non pas, bien entendu, en indemnisant systématiquement le concessionnaire dont le contrat est rompu ou non reconduit, mais en obligeant simplement le concédant à motiver sa décision ? ». Se fondant sur des considérations économiques mais aussi de bon sens, l'auteur estime qu'« il existe indubitablement une « co-titularité économique de la valeur d'exploitation représentée par la clientèle ». Dès lors « transcendant le critère de l'intérêt commun, il conviendrait de le faire sortir du mandat pour l'appliquer à la catégorie plus vaste du contrat ». P.-Y. GAUTIER, « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », RTD civ. 1998, p. 130.

⁹⁸⁸ Ont été par exemple jugées brutales les ruptures avec un préavis : de sept semaines, porté à cinq mois pour dix ans de relation : CA Montpellier, 11 août 1999, D. Aff. 1999, p. 28, note E. PUTMAN ; de trois semaines, prolongé d'un mois, pour quatorze ans de relation : CA Versailles, 17 juin 1999, Juris-Data n° 043096 ; de cinq jours pour quatre ans de relation : CA Dijon, 6 févr. 2004 ; de douze jours pour neuf ans de relation : CA Nancy, 10 mars 2004 ; d'un mois pour quatorze ans de relations : CA Versailles, 2 déc. 2004.

Toutefois, a été jugé suffisant un préavis de quatre mois seulement alors que les relations d'affaires ont duré plus de treize ans : CA Chambéry, 18 mai 2004, Lettre distrb. Juin 2004, p. 3 ; T. com. Paris, 2 avr. 1999, D. Aff. 1999, p. 980, note E. PUTMAN. Il arrive même que pour une même affaire, le délai des premiers juges et celui fixé par la cour d'appel soient totalement différents. Il en est ainsi dans une affaire où, pendant neuf ans, la société Interm'enzo avait fourni (à hauteur de 70 à 80 % de son chiffre d'affaires) en produits traiteurs haut de gamme, la société Compagnie des Bateaux à roue, exploitant des bateaux de croisière sur la Seine. Celle-ci a décidé de mettre son fonds de commerce en location-gérance et le locataire-gérant a choisi un autre fournisseur.

493. Qu'en sera-t-il si la relation n'est pas assez longue pour être considérée comme « établie » et peut bénéficier par conséquent de la protection de l'article L. 442-6 I 5° ? Le juge contrôlera dans de tels cas l'abus dans l'exercice du droit de rompre. La rupture brutale est intrinsèquement abusive, mais l'exercice du droit de rompre, alors même qu'il est exempt de toute brutalité, n'est pas pour autant systématiquement exclusif de tout abus.

B. Les conséquences de la rupture abusive

494. Il est fréquent que le franchisé doive engager des dépenses importantes⁹⁹⁰ pour l'exploitation du concept de franchise. Il ne peut donc s'engager si la relation est suffisamment longue pour pouvoir amortir ses investissements. C'est ainsi que le juge a cherché à sanctionner non seulement la brusquerie qui ne permet pas au franchisé d'amortir ses investissements mais encore le caractère inattendu de la rupture. La jurisprudence n'a pas manqué d'exiger du fournisseur de prendre en considération l'intérêt légitime de la partie éconduite. C'est ce qu'illustrent deux arrêts de la Cour de cassation. Le premier a été rendu le 20 janvier 1998, le second le 3 novembre 2004.

Tant les premiers juges que les juges d'appel ont considéré que cette rupture était brusque, puisque la victime s'était dispensée de tout préavis écrit. Pour le Tribunal de commerce (TC Paris, 13 juin 2005, n° 2005/9018, RLC 2006, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS) le délai suffisant doit être de deux ans, alors que pour la Cour d'appel (CA Paris, 20 octobre 2005, RG n° 05/13805), trois mois suffisent.

⁹⁸⁹ En effet, ont été décidé qu'auraient dû être respectés des préavis :

de 4 mois pour cinq ans de relation: CA Paris, 5^{ème} ch. sec. B, 18 janv. 2007 ;

de trois mois pour huit ans de relation : CA Dijon, 15 nov. 2007 ;

de six mois pour dix ans de relation : CA Aix-en-Provence, 2^{ème} ch. 15 févr. 2007 ; CA Paris, 13 sept. 2006. T. com. Paris, 18 oct. 2006 ;

d'un an pour douze ans de relation : T. com. Lyon, 6 févr. 2007 ;

de deux ans pour treize ans de relation : CA Paris, 23 févr. 2007 ;

d'un an pour quatorze ans de relation : CA Paris, 17 oct. 2007 ;

de deux ans pour 17 ans de relation : T. com. Lyon, 24 juill. 2007 ;

de vingt trois semaines pour dix-huit ans de relation : T. com. Paris, 15 févr. 2007 ;

de dix-huit mois pour vingt-et-un ans de relation : CA Aix en Provence, 7 sept. 2006 ;

de sept mois pour trente sept ans de relation : CA Douai, 7 déc. 2006 ;

de trois mois pour deux ans de relation : CA Aix-en-Provence, 4 janv. 2007 ;

de vingt trois semaines pour deux ans et trois mois de relation : CA Rouen, 18 janv. 2007 ;

de six mois pour trois ans de relation : CA Paris, 7 déc. 2007 ; CA Paris, 16 nov. 2007 ; CA Paris, 16 nov. 2007 ;

de six mois pour une relation de quatre ans : CA Dijon, 4 déc. 2007 ;

de six mois pour une relation de neuf ans : CA Aix-en-Provence, 8 févr. 2007 ;

de six mois pour une relation de six ans : CA Paris, 6 juill. 2007.

⁹⁹⁰ Selon une enquête réalisée en janvier 2008 auprès de 392 enseignes par la Fédération Française de la Franchise, un restaurant Hamburger coûte environ 680 000 euros.

495. La première espèce concerne la rupture d'un contrat de concession, mais transposable à la franchise. Ce contrat a été signé le 1^{er} septembre 1990, à durée indéterminée entre la société Automobiles Citroën et la société commerciale Citroën (concedantes) et la société SCAO (concessionnaire). A cet effet, le concessionnaire a dû dégager des investissements importants consistant en 1 500 000 francs entièrement libéré, 2 500 000 francs d'apports d'associés et 8 600 000 francs de crédits divers. Deux ans après, faisant valoir leur droit de rompre, les concedantes ont résilié le contrat le 28 août 1992, avec effet au 31 août 1993, c'est-à-dire moyennant un préavis d'une année conformément aux usages dans le domaine. Le concessionnaire les a assignées en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive. La Haute Cour⁹⁹¹ lui a fait droit, même si la liberté de rompre est le principe en droit positif et que les créanciers ont respecté un préavis d'un an. Le concedant a été condamné parce qu'il avait négligé, par incohérence et par indifférence, le sort de son concessionnaire⁹⁹² et avait fait naître chez ce dernier une confiance légitime dans le maintien de leur relation contractuelle. Or, cela n'était pas le cas en réalité⁹⁹³.

Une telle solution est pleinement salutaire dans le domaine de franchise. Le franchiseur qui impose à son franchisé la réalisation d'investissements importants doit, conformément à l'exigence de la bonne foi et de la loyauté dans l'exécution du contrat, lui laisser le temps de les amortir. Certes le contrat de franchise est avant tout une relation de patrimoine à patrimoine gouvernée par la responsabilité contractuelle, mais il est aussi l'occasion d'une relation humaine entre les deux parties⁹⁹⁴. Dès lors, mettre fin au contrat avant l'amortissement des investissements faits par le franchisé, c'est être indifférent du sort de celui-ci⁹⁹⁵. Il convient toutefois de souligner que la jurisprudence distingue entre les investissements qui sont effectués spontanément par le distributeur et ceux qui lui sont imposés par son fournisseur. Elle a décidé que, seuls ces derniers peuvent être pris en compte lors de la rupture. Elle a souvent affirmé que le non-amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire n'est de nature à rendre abusive la résiliation unilatérale du

⁹⁹¹ Cass. com., 20 janv. 1998, pourvoi n° 96-18353, Bull. civ. IV, n° 40.

⁹⁹² M. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat*, *op.cit.*, p. 224.

⁹⁹³ Dans le même sens : Cass. com., 5 oct. 1993, pourvoi n° 91-10408, Bull. civ. IV, n° 326 p. 234 ; JCP 1994, II, note C. JAMIN ; RTD civ., 1994, p. 604 ; Cass. com., 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 149 ; RTD civ., 1994, p. 603, obs. J. MESTRE. Dans cette affaire, le juge a sanctionné un concedant pour avoir « manqué de loyauté » en rompant le contrat à durée indéterminée peu de temps après que son concessionnaire ait fait d'importants efforts d'investissement et de publicité à sa demande. J. MESTRE, « La relation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution » in « La cessation des relations contractuelles d'affaires », PUAM, 1997, p. 20.

⁹⁹⁴ M. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat*, *op.cit.*, p. 205.

⁹⁹⁵ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. MESTRE, p. 122 ; « Des comportements contractuels à éviter », Dr. et patr. 1998, p. 67 ; A. De BROSES, « La rupture fautive des relations commerciales établies », Dr. et patr. juin 2003, n° 116, p. 50 ; M. STOFFEL-MUNK, *op.cit.*, p. 113.

contrat de concession procédée par le concédant que si ces investissements sont réalisés à sa demande. Il en a été jugé ainsi par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 7 octobre 1997. En l'espèce, la société concédante Volvo a résilié le contrat de concession à durée indéterminée la liant avec la société concessionnaire Maine Auto avec un préavis d'un an. Or, celle-ci a contesté cette rupture en l'estimant abusive. Elle a donc assigné la société concédante en dommages et intérêts compensant les investissements non amortis qu'elle a réalisés en vue de l'exécution du contrat. Ni les juges du fond, ni le juge suprême n'ont fait droit à sa demande. La chambre commerciale a en effet approuvé les juges du fond qui avaient relevé que « la société Maine auto ne rapportait pas la preuve que la société Volvo l'avait contrainte à exposer d'importants frais d'investissements et qu'au contraire, la société Maine auto y avait procédé spontanément en 1987 pour remédier aux résultats de l'année 1986 très nettement inférieurs aux objectifs convenus et aux résultats des autres concessionnaires de la même région »⁹⁹⁶.

496. La seconde espèce concerne également un contrat de concession aux termes duquel la société Manitou avait concédé, le 8 juin 1990, à la société CMG la commercialisation exclusive de ses produits pour une durée d'un an. Les relations des parties se sont poursuivies au-delà du terme. Le 24 mai 1993, le contrat était rompu par le concédant pour non-paiement des factures par le concessionnaire. Après apurement de ce passif, les relations commerciales entre les parties ont repris vers 1995. Le concessionnaire souhaitant prendre sa retraite a tenté de céder son contrat de concession. La société Manitou, considérant qu'il n'y avait plus de liens contractuels entre eux, a toutefois mis fin à leurs relations à compter du 30 juin 1998. La Cour de cassation a confirmé le juge d'appel caractérisant l'abus du droit de rompre en relevant que « la société Manitou a rompu le contrat sans aucun motif, bien que l'activité développée par la société CMG dans la distribution des produits Manitou soit en progression importante afin d'octroyer à la société ABM le territoire de la Nièvre, sans permettre à la société CMG de retirer la juste contrepartie de huit années de développement de la clientèle Manitou sur le secteur »⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Cass. com., 7 oct. 1998, pourvoi n° 95-14158, Bull. 1997, IV, n° 252 p. 220 ; D. 1998, jur. p. 413, note. Ch. JAMIN ; D. 1998, somm. p. 333, obs. D. FERRIER ; Contrat, conc., cons., 1998, n° 20, comm. L. LEVENEUR ; RTD civ., 1998, p. 130, obs. P. -Y. GAUTIER, et p. 370, obs. J. MESTRE.

⁹⁹⁷ Cass. com., 3 nov. 2004, pourvoi n° 02-17919 ; RDC 2005, p. 1130, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

497. En définitive, le contrat de franchise peut être rompu selon différents modes, par voie judiciaire en cas de faute ou par le jeu de la volonté contractuelle via la clause résolutoire. En cas de faute commise par une partie, la résolution ou la résiliation peut être prononcée. En l'absence de faute, le seul moyen de mettre fin prématurément à la relation contractuelle c'est de résilier le contrat. La liberté d'aménager la désunion étant reconnue dans les deux pays, le franchiseur prévoit souvent une clause de résiliation du contrat permettant à une des parties de rompre le contrat pour des motifs autre que l'inexécution des obligations. Toutefois, dans le souci d'instaurer l'équilibre entre les deux intérêts antagonistes des parties au contrat de franchise, les juges français recourent à l'application de la théorie de l'abus. Ils exercent un contrôle *a posteriori* sur les circonstances dans lesquelles la rupture est intervenue. Ils n'hésitent pas, par exemple, à engager la responsabilité du franchiseur sur le fondement de l'abus quand ils constatent que le non-renouvellement est intervenu de manière brusque, c'est-à-dire, sans respecter un délai de préavis ou après avoir entretenu le franchisé dans l'espoir d'obtenir le renouvellement du contrat et donc le maintien dans le réseau. Une telle voie souple, qui pose certes des difficultés quant à la détermination du caractère suffisant du délai du préavis, mérite tout de même d'être suivie par le juge vietnamien. Le contrôle du délai du préavis répond en réalité à « un impératif de justice contractuelle »⁹⁹⁸, à un souci de « sauvegarde des intérêts de la victime »⁹⁹⁹. Loin d'être objectivement raisonnable, le délai de préavis est davantage imposé en fonction des besoins, voire des capacités de reconversion du cocontractant évincé. Il impose au franchiseur de ne pas rester indifférent¹⁰⁰⁰ à son franchisé qui a tout investi pour une collaboration fructueuse de longues années et se trouve mis hors jeu à mi-parcours.

Section 2 : Les effets de la rupture du contrat de franchise

498. La rupture peut avoir des effets non seulement sur l'avenir de la relation (§ 2) mais encore sur son passé (§ 1).

⁹⁹⁸ M. El GHARBI, « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », RRJ 1/2005, p. 165.

⁹⁹⁹ K. Le COUVIOUR, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », RTD com. 2008, p. 1. Ainsi, le Tribunal de Paris n'a pas hésité à considérer qu'en égard à l'ancienneté des relations, les parties auraient dû rechercher une solution adaptée à l'intérêt commun des deux parties. Cf. T. com. Paris, 2 avr. 1999, D. Affaires 1999, p. 980 ; RJDA 1999, p. 705, n° 883 ; JCP 2000. chron. 175.

¹⁰⁰⁰ M. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat, op.cit.*, p. 113.

§ 1. Les effets sur le passé contractuel

499. Il est admis dans les deux pays que la résolution anéantit le contrat. En France, cette règle subit toutefois quelques entorses (B). Au Vietnam, l'effet rétroactif ne rejaillit pas sur les contrats accessoires au contrat résolu (A).

A. L'effet rétroactif de la rupture du contrat en droit vietnamien

500. Il est bien établi que le contrat résolu en droit vietnamien est réputé « n'avoir produit aucun effet depuis sa conclusion », le franchiseur et le franchisé doivent procéder à la restitution de ce qu'ils ont reçu l'un de l'autre. Si la restitution en nature est impossible, il doit y être procédé par équivalence pécuniaire. C'est ce que l'on peut lire de l'alinéa 3 de l'article 425 du Code civil vietnamien. Il semble que, aux yeux des rédacteurs du Code civil de 2005, la résolution sans effet rétroactif se réduirait à une résiliation. Cet argument simpliste serait regrettable en ce sens que la résiliation est peu imaginable pour les contrats à exécution instantanée, alors que la restitution subséquente à la résolution pourrait poser de sérieuses difficultés quand il s'agit de contrats de durée. Le rejet de la dualité d'effets de la résolution par le droit vietnamien n'est pas harmonieux avec de nombreux droits étrangers. Aussi, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 prévoit que la résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations respectives¹⁰⁰¹, mais n'excluent pas la possibilité de solliciter la restitution des prestations accomplies¹⁰⁰². De même, l'article 7.3.5-1 Principes Unidroit (version 2010) indique que « La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives », tandis que l'article 7.3.6-1 prévoit qu' « après résolution d'un contrat à exécuter en une seule fois, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni en exécution du contrat, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu ». La résolution du contrat en droit chinois, quant à elle, ne donne pas lieu automatiquement à l'anéantissement rétroactif. L'article 97 de la loi de 1999 sur les contrats prévoit que le retour à l'état initial se fait « en fonction du niveau d'exécution et de la nature du contrat »¹⁰⁰³. Elle permet même aux parties de prévoir dans leur contrat l'effet rétroactif ou non rétroactif de la résolution. Cette solution

¹⁰⁰¹ Art. 81-1.

¹⁰⁰² Art. 81-2.

¹⁰⁰³ M. P-H. CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois*, préf. G. LEGIER, PUAM, 2005, n° 309.

chinoise pourrait être intéressante pour le droit vietnamien qui cherche à mettre en relief la liberté contractuelle. En tout état de cause, compte tenu du caractère clair et net de l'effet rétroactif de la résolution, on ne voit dans la pratique aucun contrat de franchise, contrat rédigé par le franchiseur et accepté comme tel par le franchisé, qui prévoit la résolution.

501. Lorsque la résolution judiciaire est prononcée, les parties sont remises dans la situation qui aurait été la sienne si elles n'avaient pas contracté. Par conséquent, le franchiseur devra rembourser au franchisé le droit d'entrée, les factures liées à la formation, les redevances versées depuis la signature du contrat... Cette restitution ne présente pas de réelle difficulté quant à sa mise en œuvre. La question est toutefois délicate pour les ventes déjà réalisées aux fins de l'exécution du contrat de franchise. Peut-on réellement défaire ce qui a été fait ? La restitution de la chose vendue dans un contrat de franchise n'est pas chose facile, compte tenu de son exécution dans le temps¹⁰⁰⁴, alors qu'il peut arriver que la résolution survienne après une période fructueuse d'échanges.

502. Heureusement, l'article 410-2 du Code civil est venu préciser que « la nullité du contrat principal entraîne la fin du contrat accessoire, sauf si les parties acceptent d'un commun accord que le contrat accessoire remplace le contrat principal ». Il résulte de cette disposition que l'effet rétroactif de la nullité du contrat principal ne rejaillit pas sur ses contrats accessoires¹⁰⁰⁵. Aussi, les contrats d'approvisionnement dans le cadre de la franchise ne doivent pas être mis à néant par la résolution du contrat de franchise. Ils ne cessent de produire effet qu'à partir du moment de la résolution du contrat de franchise. Cette caducité des ventes d'applications due à la résolution du contrat de franchise est mieux adaptée à la pratique commerciale car la résolution totale¹⁰⁰⁶ s'avère trop lourde et ne répondrait pas à la volonté réelle des parties.

¹⁰⁰⁴ Aussi doit-on répondre aux questions de savoir à quels prix l'acheteur doit rembourser au vendeur le prix de la vente ou le prix de revente, ou le prix de revente moins une marge raisonnable étant donné que la résolution est imputable au franchiseur ?

¹⁰⁰⁵ Dans la pratique, la jurisprudence a même écarté la restitution pour nullité d'un contrat de vente au motif que l'acheteur a reçu l'intérêt attendu du contrat, en l'occurrence « la chaîne de préparation de café conformément aux critères de qualité prévus par le contrat ». Cf. Cour populaire suprême, 27 avril 2004, arrêt n° 04/2004/DDTP-KT, cité par DO Van Dai in *Le droit du contrat vietnamien. Arrêts et commentaires d'arrêts*, 3^{ème} éd. Politique nationale, 2011, p. 350 et s. Dans le même sens : Tribunal populaire de Hochiminh-ville, 11 juill. 2005, arrêt n° 1454/2005/DSST.

¹⁰⁰⁶ Pour une vue d'ensemble sur la distinction entre la résolution totale et la résolution partielle, V. H. TANDOGAN, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats. Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, th. Genève, éd. Rouge & Cie S.A. Librairie de l'Université Lausanne,

B. L'effet rétroactif de la rupture du contrat en droit français

503. En France, l'article 1183 du Code civil donne l'impression que la résolution, une fois qu'elle est admise, fait table rase de tout lien contractuel, que ce soit pour le passé ou pour l'avenir. Il énonce en effet que « la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ». Mais il n'en est pas souvent ainsi dans la pratique judiciaire et ce sujet s'est prêté à des discussions doctrinales importantes.

504. La littérature juridique française a longtemps débattu sur, d'une part, les critères de distinction entre la résolution et la résiliation¹⁰⁰⁷ et sur, d'autre part, leurs effets. S'il semble établi que la résiliation n'a pas d'effet rétroactif, les auteurs restent partagés sur les effets de la résolution. Certains auteurs ont soutenu que la résolution a un effet rétroactif, le considérant comme un critère principal de distinction avec la résiliation qui en est privé¹⁰⁰⁸. D'autres ont considéré qu'à la différence d'un contrat à exécution instantanée faisant naître des obligations qui s'exécutent en une seule fois, les contrats à exécution successive seraient soumis à un régime spécial de résolution qui n'aurait d'effet que pour l'avenir¹⁰⁰⁹. D'autres auteurs encore ont préféré distinguer les effets de la résolution selon qu'elle est judiciaire ou unilatérale et en fonction des avantages que le contrat a procuré aux parties. Ainsi, DO Van Dai et Marie CHANG, en s'alignant sur les arrêts de la Cour de cassation¹⁰¹⁰, ont observé que « la

1952, spéc. pp 257 et s ; P. ANCEL, « La rétroactivité et la sécurité des tiers », RDC 2008, p. 35 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. LEVENEUR, spéc. n° 759.

¹⁰⁰⁷ S. AMRANI-MEKKI, art. préc. ; MOUSSERON, J. RAYNARD et J-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefèbre, 3^{ème} éd. 2005, p. 554 et s. ; J. CARBONIER, *Droit civil. Les obligations*, 22^{ème} éd. 2000, PUF, p. 271 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd. Cujas, 1999, p. 194 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2009 ; J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, préf. R. NERSON, LGDJ 1969, p. 3 et s.

¹⁰⁰⁸ C. CORGAS-BERNARD, *op.cit.*, spéc. n°s 2 et s. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, LGDJ, 6^{ème} éd. 1912, n° 1270, p. 420, et les auteurs cités dans la note précédente. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. LEVENEUR, spéc. n°s 705.

¹⁰⁰⁹ M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après contrat*, éd. Francis Lefèbre 2005, spéc. n° 139 ; C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, T. 3, éd. Economica, coll. Droit civil ; 6^{ème} éd. 2007, spéc. n° 713 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^{ème} éd. LGDJ, 2001, spéc. n° 149 et s. ; A. BRES, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, préf. J. RAYNARD, Litec 2009, spéc. n° 60 et s. ; A. BOUSIGNES, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, th. Poitiers, 1982, p. 50 ; C. JAMIN, note sous Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, JCP 2004, 10032.

¹⁰¹⁰ Cass. req. 27 mai 1839, DP. 1839. I, p. 231 (pour la résolution sans effets rétroactif) et Cass. 3^{ème} civ., 18 juill. 1977, pourvoi n° 75-15577, arrêt n° 1131 (pour résolution avec effet rétroactif).

résolution unilatérale n'a pas d'effet rétroactif lorsque le contrat a procuré au créancier les avantages qu'il s'en était promis »¹⁰¹¹, alors que la résolution judiciaire « a un effet rétroactif lorsque les prestations effectuées n'apportent aucun avantage au créancier ». Selon les auteurs, le contrat est également anéanti rétroactivement « lorsque l'avantage espéré du contrat par le créancier est indivisible »¹⁰¹². Ces solutions semblent logiques puisque faire le contraire c'est permettre à l'un des contractants d'obtenir tout sans rien donner, tandis que l'autre a donné tout sans rien obtenir. Cette approche n'est pas loin de celle basée sur l'application de la théorie de cause selon laquelle la résolution du contrat sanctionne la disparition de la cause objective de l'engagement d'une partie, suite aux manquements commis par son partenaire. La dissolution du contrat devrait alors remonter à la date de disparition de la cause de l'engagement et non à la date de conclusion du contrat, à laquelle l'engagement était parfaitement causé¹⁰¹³. La jurisprudence récente, qui se réfère à la date de l'inexécution pour déterminer la prise d'effet de la résolution, semble aller en ce sens. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 avril 2003, a statué que « si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat »¹⁰¹⁴.

505. Quant au sort des contrats d'approvisionnement visant l'application du contrat de franchise, l'absence de l'effet rétroactif de la résolution du contrat de franchise devrait être confirmée si l'on se réfère aux arrêts de la Cour de cassation sur l'indépendance des contrats d'application par rapport au contrat-cadre. Ainsi, après avoir remis en cause l'autonomie des ventes subséquentes par rapport au contrat-cadre¹⁰¹⁵, la Haute juridiction a constamment

¹⁰¹¹ « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », LPA, 9 avr. 2004 n° 72, p. 3. Dans le même sens : S. AMRANI-MEKKI, art. préc. ; M. P-H. CHANG, *op. cit.*, spéc. n°s 309-310.

¹⁰¹² *Ibid.* Un arrêt de la Cour d'appel de Caen semble permettre de s'engager dans cette piste. La Cour a statué en effet que la résiliation régulière du contrat d'approvisionnement emporte nécessairement la caducité du contrat de franchise. Cf. CA Caen, 12 mai 2010, Juris-Data n° 2010-018620, note N. MATHEY. De même, la résolution du contrat d'approvisionnement, si elle survient très peu de temps après l'entrée en vigueur du contrat de franchise, conduirait à la résolution du contrat de franchise avec effet rétroactif parce qu'aucun avantage n'a été procuré au franchisé.

¹⁰¹³ C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 714.

¹⁰¹⁴ Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, pourvoi n° 01-14890, Bull. 2003, III, n° 87, p. 80.

¹⁰¹⁵ En effet, la Haute juridiction a décidé, dans un arrêt du 4 févr. 1986 (pourvoi n° 84-13496, Bull. civ. IV, n° 1, p. 1), que « l'annulation du contrat n'avait pas éteint l'obligation de payer les livraisons effectuées ». Elle a toutefois changé de position lorsqu'elle a statué dans un arrêt du 23 juin 1992 (pourvoi n° 90-18951, Bull. civ. IV, n° 249, p. 173), qu' « en raison de la nullité dont les contrats-cadre étaient affectés, la société Esso était fondée à obtenir paiement non pas du prix au tarif qu'elle demandait et qui aboutissait à l'exécution des contrats nuls, mais de la valeur réelle des produits livrés, en excluant tout bénéfice pour elle ».

décidé que l'annulation du contrat-cadre ne faisait pas disparaître l'obligation de payer les livraisons. Il en est ainsi dans un arrêt rendu le 18 mars 1997 par la première chambre civile qui a approuvé les juges du fond en retenant que « l'annulation d'un contrat à exécution successive ne fait pas disparaître l'obligation de payer les livraisons déjà effectuées »¹⁰¹⁶. Il est permis d'en déduire que la résolution judiciaire, même si elle a un effet rétroactif, ne conduit pas à la résolution des contrats d'application.

506. En bref, au Vietnam, la résolution, qu'elle soit légale ou unilatérale, produit des effets rétroactifs, alors que la résiliation en est privée. L'effet d'anéantissement de la résolution ne rejaillit toutefois pas sur les ventes subséquentes eu égard à l'article 410-2 du Code civil. En droit français, l'effet rétroactif de la résolution se prête à des discussions doctrinales importantes¹⁰¹⁷. Il semble pour la jurisprudence que seule la résolution judiciaire a un effet rétroactif qui, comme en droit vietnamien, ne doit pas rejaillir sur les contrats d'application. Cette absence de rejaillissement de la résolution du contrat de franchise sur les contrats d'application serait souhaitable dans le domaine de la franchise dont l'organisation passe souvent par la conclusion d'une pluralité de contrats encadrant différents aspects du réseau¹⁰¹⁸. L'indépendance relative¹⁰¹⁹ de ces entités fait que l'anéantissement de l'une ne devrait pas avoir de conséquences sur l'efficacité des autres¹⁰²⁰.

§ 2. Les effets sur l'avenir relationnel

507. Le contrat de franchise présente une particularité : sa fin éteint certaines obligations (A) et fait naître en même temps certaines d'autres (B).

¹⁰¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 1997, pourvoi n° 95-13244, Bull. I n° 96, p. 62. Dans le même sens : Cass. com., 25 janv. 1994, pourvoi n° 91-17996 ; Cass. com., 12 nov. 2008, pourvoi n° 07-17746 ; Cass. com., 9 juill. 1996, pourvoi n° 94-15889 ; Cass. com., 28 mars 1995, pourvoi n° 93-13333.

¹⁰¹⁷ Pour une analyse comparative, v. R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC avr. 2006, n° 2, p. 543

¹⁰¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, Contrats, conc. cons., 1997, comm. 42, note L. LEVENEUR ; JCP 1996 II 22815, note P. REIGNE ; Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-12920, Bull. I, n° 254.

¹⁰¹⁹ Certains auteurs préfèrent utiliser la notion d'indivisibilité, tels que : AUBERT de VICELLES, « Les montages contractuels », RDC 2007, p. 983 ; J.-B. SEUBE, « Caducité et ensemble contractuel indivisible : timidité jurisprudentielle ou audace doctrinale ? », Mél. J. FOYER, Economica 2008, p. 925. D'autres emploient la notion d'interdépendance : S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001 ; S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. FOYER et M.-L. DEMEESTER, Dalloz, 2007.

¹⁰²⁰ En ce sens : N. MATHEY, « Indivisibilité du contrat de franchise et du contrat d'approvisionnement », note sous CA Caen, 1^{ère} ch. civ. et com., 12 mai 2010, n° 08/04076, SARL Sodema c/ Sté Prodim, Juris-Data n° 2010-018620, Contrats, conc., cons., n° 1, janv. 2011, comm. 8.

A. La cessation des obligations préexistantes

508. Lorsque le contrat prend fin, il est logique que le franchisé cesse d'utiliser les signes de ralliement de la clientèle qui ont été mis par le franchiseur à sa disposition pour la réalisation de l'œuvre commune (1). La question est toutefois délicate quant aux fichiers de clients (2).

1.- L'abandon du passé imposé au franchisé

509. En ce qui concerne l'avenir du contrat, nul ne conteste dans les deux pays que la rupture dénoue les parties de leur relation. Au Vietnam, le contrat, qu'il soit résolu ou qu'il soit résilié, cesse de produire ses effets, mais pas tous¹⁰²¹, pour l'avenir¹⁰²². En France, c'est la jurisprudence et la doctrine qui ont révélé les effets pour l'avenir du contrat¹⁰²³. Aussi, il incombe au franchisé de cesser d'utiliser ce que le franchiseur lui a transmis pour le besoin de l'exécution du contrat. L'abandon¹⁰²⁴ peut consister en la destruction ou la non-utilisation des éléments tant matériels, comme les panneaux, les documents commerciaux, les fichiers de clientèle, les papiers à en-tête, l'aménagement du point de vente, qu'immatériels tels que les connaissances constituant le savoir-faire... Le franchisé qui continue à utiliser l'enseigne du franchiseur verra sa responsabilité engagée. La Cour d'appel de Lyon s'est prononcée dans ce sens dans un arrêt rendu le 22 novembre 2007. En l'espèce, selon les termes du contrat de franchise, le franchisé s'était obligé, à l'expiration du contrat, à faire disparaître sans délai et

¹⁰²¹ Que l'on songe aux clauses survivant au contrat, telles la clause compromissoire, la clause de confidentialité du savoir-faire et la clause de non-concurrence. Les deux dernières seront étudiées dans la partie B de ce paragraphe.

¹⁰²² Art. 425-3 pour la résolution et Art. 426-3 pour la résiliation.

¹⁰²³ V. par ex. Cass. com., 2 mars 1938 ; *D.* 1938, I, p. 91, note A. BESSON. La Cour de cassation a statué que « l'une quelconque ne saurait être tenue de fournir, après la résolution, les prestations, même stipulées payables d'avance, auxquelles elle s'était engagée ».

¹⁰²⁴ La doctrine préfère le terme « abandon » à celui de « restitution » qui signifie, selon G. CORNU (le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, PUF, 3^{ème} éd. 1992, p. 726) « remettre à qui de droit une chose que l'on doit rendre, mais que l'on ne détenait pas injustement ». Dans la pratique il est fréquent que le franchisé ne rende pas ces éléments matériels au franchiseur, il ne fait que ne plus les utiliser. Il est d'ailleurs impossible de « remettre » les choses immatérielles. La restitution donne également l'impression qu'elle est la conséquence rétroactive de la résolution alors qu'elle est en fait l'effet sur l'avenir du contrat. Cf. J. RAYNARD, « Les restitutions dans les contrats de distribution » in « La cessation des relations contractuelles d'affaires », PUAM, 1997, p. 179 ; P. STOFFEL-MUNCK, « L'après-contrat », RDC 2004, p. 159 ; J. PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, LGDJ 1911, p. 294. L'auteur a remarqué, à propos de la nullité mais l'idée est transposable à la résolution, que « si la nullité a le pouvoir de supprimer les effets juridiques d'un acte contraire à la loi, elle ne peut, par la force même des choses, supprimer l'existence matérielle que cet acte a eue dans le passé, faire que ce qui a été n'a pas été, et empêcher le souvenir qu'on peut avoir de cet acte ou l'impression qu'on peut encore ressentir ». Et partant, selon, CASEAU-ROCHE, la rétroactivité est fictive du point de vue objectivement scientifique et que si le juriste est capable de faire table rase du passé contractuel, tel n'est pas le cas du débiteur qui garde le souvenir du contrat. Cf. C. CASEAU-ROCHE, *op. cit.*, n° 245.

sans mise en demeure préalable les agencements et signes distinctifs de la marque. Or, celui-ci n'a pas respecté cette obligation après la fin du contrat alors que ni les pourparlers en vue de la signature d'un nouveau contrat, ni l'absence pendant cette période de demande expresse, ou de mise en demeure de déposer l'enseigne n'impliquaient l'acceptation par le franchiseur de la continuation de l'activité sous cette enseigne. Selon les juges lyonnais, le franchiseur est donc « bien fondé à demander l'indemnisation de son préjudice »¹⁰²⁵.

De même, a été condamné le franchisé qui n'avait pas cessé d'utiliser les signes distinctifs¹⁰²⁶, les documents publicitaires et les supports du savoir-faire¹⁰²⁷, les symboles ou couleurs pouvant laisser croire à son maintien dans le réseau¹⁰²⁸, qui avait continué à faire croire à la clientèle qu'il appartenait toujours au réseau¹⁰²⁹. Il convient de constater toutefois que dans cette affaire le contrat contenait une clause interdisant expressément à l'ex-franchisé d'utiliser le savoir-faire. Si le contrat est silencieux et que le savoir-faire n'est pas original, l'ex-franchisé peut librement utiliser les informations acquises du contrat. Tel est du moins le point de vue de la Cour d'appel d'Orléans dans son arrêt du 26 janvier 2012.

En l'espèce, la société STUDIOSANTE (franchiseur) a conclu le 18 juin 2008 avec la société BILGAL (franchisé) un contrat de franchise en vue de l'exploitation de la marque STUDIOSANTE dans le cadre d'une activité de coordination de soins à domicile pour les particuliers. A la suite d'une mésentente entre les parties, le contrat a été résilié amiablement avec effet au 16 juin 2009. Prétendant que son ex-franchisé se livrait à des actes de concurrence déloyale en continuant la même activité sous une nouvelle marque, ACTIMED, le franchiseur l'a assigné en vue de lui voir interdire l'exercice de cette activité et en dommages et intérêts. Par jugement du 13 mai 2011, le tribunal de commerce de Tours a rejeté les prétentions du franchiseur. Celui-ci a alors formé un appel devant la Cour d'appel d'Orléans¹⁰³⁰ en faisant valoir, entre autres, que l'ex-franchisé a orchestré son entrée dans le réseau de franchise en vue de piller son savoir-faire puis d'entreprendre la création d'un réseau

¹⁰²⁵ CA Lyon, 22 nov. 2007, SARL Cap Holder's c/ SA Nouvelle Point Cadres, Juris-Data n° 2007-352364.

¹⁰²⁶ CA Paris, 19 nov. 2008, Juris-Data n° 2008-372538, préc. Dans cette affaire, suite à la nullité du contrat de franchise pour dol commis par le franchiseur, le franchisé a continué à utiliser le matériel vendu par le franchiseur, maintenu l'enseigne pendant plusieurs mois, ainsi que l'aménagement intérieur du centre de bronzage, propre au réseau. Le franchisé n'a pas non plus modifié son site internet, continuant à utiliser la présentation et les logos propres au réseau. Ce comportement de l'« ancien franchisé » a été considéré par les juges parisiens comme du « parasitisme économique ».

¹⁰²⁷ CA Pau, 8 janv. 2008, Juris-Data n° 2008-355369. La Cour a imposé au franchisé de « restituer à la société Flora Parner (...) les éléments de mobiliers, matériels d'exploitation ; éléments du concept et du savoir-faire » et lui a interdit « d'utiliser d'une quelconque manière les dessins, marques et modèle de la société Flora Parner ainsi que tous signes distinctifs pouvant évoquer son ancienne appartenance au réseau ».

¹⁰²⁸ CA Colmar, 27 févr. 2007, Juris-Data n° 2007-346966.

¹⁰²⁹ CA Douai, 15 févr. 1999, Juris-Data n° 1999-041445.

¹⁰³⁰ CA Orléans, 26 janv. 2012, n° 11/01716.

directement concurrentiel. Pour rejeter sa demande, la Cour a retenu qu' « au vu des attestations de présence des associés de la société BILGAL à la formation initiale, le savoir faire enseigné n'était pas aussi banal qu'ils le prétendent dans la mesure où ils ont estimé que cette formation était claire et précise et indispensable pour les futurs franchisés ». Il en résulte que le franchisé peut librement utiliser le savoir-faire si celui-ci n'est pas original. Cette utilisation ne doit pas toutefois, selon la Cour, « conduire à se livrer à des actes de concurrence déloyale à l'encontre du réseau de franchise abandonné ».

La question est toutefois délicate lorsqu'il s'agit des fichiers de clients.

2.- Les fichiers de clients

510. Au Vietnam, la « clientèle » n'est pas une notion juridique. S'il est vrai que la loi commerciale de 1995 employait le terme « fonds de commerce », cette notion ne couvrait pas la clientèle. Ainsi, l'article 5-7 de la loi commerciale de 1995 définissait le fonds de commerce comme « l'ensemble des biens qu'un commerçant, personne physique ou personne morale, met au service de son commerce, tels que les locaux, les équipements, les machines, les marchandises, les enseignes, les marques et les réseaux de distribution ». Aucune indication ne portait sur la clientèle. Cette loi a été d'ailleurs abrogée et remplacée par la loi commerciale de 2005. Cette dernière a supprimé la notion même de fonds de commerce. A la fin du contrat, chacun est libre d'exploiter son fichier de clients.

511. Originalité française. La jurisprudence française, quant à elle, reconnaît l'existence d'une dualité de clientèles, fruits de l'action propre du franchiseur et du franchisé. Si la clientèle nationale est attachée à la marque et doit donc appartenir au franchiseur titulaire de celle-ci, la clientèle locale appartient au franchisé en raison de ses propres investissements¹⁰³¹. Le franchisé est donc titulaire du fichier de clientèle locale que le franchiseur ne peut usurper. A été en effet sanctionné un franchiseur qui n'avait pas respecté son engagement à ne pas « exploiter à l'issue du contrat quelle qu'en soit la cause » le fichier constitué par le franchisé. Le franchiseur a fait valoir qu'il n'avait qu'à utiliser son fichier national dans lequel figuraient évidemment les adresses des clients des franchisés. Cet argument a été rejeté tant par les

¹⁰³¹ Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III n° 77, 2002, p. 66 ; D. 2002. p. 2400, note H. KENFACK, p. 1487, obs. E. CHEVRIER et p. 3006, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2002, p. 457, obs. B. SAINTOURENS ; AJDI 2002, p. 376, obs. J.-P. BLATTER ; JCP 2002 II 10112, note F. AUQUE. O. BINDER, « Le mythe de la propriété de la clientèle : la franchise ou l'avenir du fonds de commerce par la maîtrise des outils permettant de capter et de développer la clientèle », AJDI 2001, p. 1054 ; RTD com. 2003, p. 273, note J. MONEGER.

premiers juges¹⁰³² que par les juges d'appel¹⁰³³ qui avaient procédé à la distinction entre le fichier du franchiseur constitué de clients potentiels appelés à devenir les clients du franchisé et le fichier du franchisé essentiellement constitué par ces clients. Le franchiseur doit alors respecter l'exclusivité qu'il a reconnue au franchisé sur son fichier.

Notons toutefois que l'action en concurrence déloyale d'un ex-franchisé contre ses anciens partenaires exploitant à proximité des points de vente de la même enseigne a été rejetée parce que, selon la Cour d'appel de Chambéry¹⁰³⁴, les fichiers de titulaires de cartes de fidélité appartiennent à l'enseigne, donc au fournisseur. Il en a été jugé de même par la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt rendu le 28 juin 2011. En l'espèce, une ancienne franchisée a fait grief au franchiseur d'avoir implanté, postérieurement à la cessation du contrat de franchise, un point de vente dans la même ville et utilisé le fichier de ses clients pour les informer de cette ouverture. Pour rejeter sa demande, les juges rennais ont relevé que « le fichier des clients a été mis en place et exploité par la société Yves R. qui ne s'est nullement obligée à ne pas l'utiliser en direction des clients de son franchisé après la rupture des relations contractuelles »¹⁰³⁵.

512. L'analyse de la jurisprudence française a montré qu'à la fin de contrat, quelle qu'en soit la cause, le franchisé doit faire disparaître tout ce qui pourrait dans l'esprit du public accréditer l'idée de la poursuite du contrat. Il doit être de même en droit vietnamien où le contrat cesse de produire effet à partir du moment de sa cessation. Par conséquent, le franchisé doit cesser d'utiliser ce qu'il pouvait user pendant la validité du contrat. Cet abandon n'exige généralement pas de grands frais de la part du franchisé sortant. Partir signifie pour lui mourir un peu. Il n'en ira toutefois pas de même pour la franchise de production ou d'hôtellerie dont la destruction de l'aménagement de l'hôtel peut provoquer de lourde charge au franchisé éconduit. Partir dans ce cas, c'est perdre beaucoup si l'on compte également la perte d'opportunité, la difficulté pour retrouver un nouveau partenaire, le licenciement du personnel..., alors que le droit à la clientèle, quant à lui, serait réduit à néant

¹⁰³² T. com. Versailles 19 mars 2003, Lettre distrib. 2003, n° 4.

¹⁰³³ CA Paris, 24 janv. 2002, *D.* 2003, p. 2428, obs. D. FERRIER.

¹⁰³⁴ CA Chambéry, 2 oct. 2007, *Juris-Data* n° 2007-353925 ; *Contrats, conc. cons.*, 2008, comm. 98, note M. MALAURIE-VIGNAL. Dans cette affaire, le franchisé a reproché aux intimés d'avoir détourné de sa clientèle par l'envoi par les dirigeants d'un courrier à ses propres clients leur faisant connaître qu'ils pouvaient utiliser, dans leurs propres points de vente, la carte de fidélité développée par l'enseigne. La Cour a rejeté son grief en retenant que le programme de fidélisation de la clientèle avait été développé et financé par l'enseigne. Les cartes qui avaient été faites à cet effet appartenaient donc au titulaire de l'enseigne qui, dès lors, peut légitimement les utiliser. Il est regrettable toutefois que la Cour d'appel ait méconnu le rôle du franchisé qui, par l'exploitation de la franchise, avait travaillé à la fidélisation de la clientèle.

¹⁰³⁵ CA Rennes, 28 juin 2011, n° 10/00903.

en présence d'une clause de non-concurrence ou de non-rétablissement qui commencent à prendre effet à la cessation du contrat.

B. La naissance de nouvelles obligations

513. Dans un contrat à exécution instantanée, l'obligation créée par le contrat se réalise en un trait de temps. La vente est l'exemple le plus souvent cité par les auteurs. C'est à l'exécution de l'obligation principale ou de la « prestation caractéristique » du contrat que les parties sont déchargées l'un envers l'autre de toute obligation¹⁰³⁶. Mais l'extinction du contrat ne signifie toujours pas la disparition de toutes les obligations. Comme toute vie qui laisse ses traces avant de s'éteindre, les relations contractuelles, comme l'a remarqué M. FONTAINE, « qui se sont maintenues et affermies au cours des années prennent rarement fin d'un jour à l'autre »¹⁰³⁷. L'exécution de la prestation caractéristique ne met pas fin au contrat, puisque l'accord peut porter en lui la naissance continue des obligations à venir¹⁰³⁸. En matière de franchise, le franchisé partant garde toujours en souvenir le savoir-faire et la formation qu'il a reçus de son franchiseur. La tentation serait alors grande pour lui d'en profiter en continuant d'utiliser les informations qu'il a acquises au cours du contrat¹⁰³⁹. Il n'a d'ailleurs pas, selon la jurisprudence, à « faire table rase de l'acquis obtenu dans l'exercice de ses fonctions antérieures »¹⁰⁴⁰. Pour empêcher que cela se réalise, le franchiseur introduit souvent dans le contrat des obligations post-contractuelles interdisant au franchisé sortant d'utiliser le savoir-faire et de le concurrencer pendant un certain temps après l'expiration du contrat.

514. Définition. Les obligations post-contractuelles ont été définies comme « des obligations accessoires interdépendantes de faire ou de ne pas faire, ayant pour objet, devant l'insuffisance de la protection légale, de modeler rationnellement les effets de l'extinction des

¹⁰³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. IV, *Les obligations*, Dalloz, 22e éd. 2000, n° 138 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 91 ; C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 203 ; Les relations entre le vendeur et l'acheteur ne prennent pas fin pour autant à la livraison de la chose et au paiement. L'article 1625 du Code civil crée en effet un rapport de droit entre le vendeur et l'acheteur qui prend effet à la fin du contrat de vente. Le vendeur doit garantir la possession paisible de la chose (garantie d'éviction) et ses vices cachés. Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ 3^{ème} éd. 2001 *op. cit.*, n° 148 ; H. J. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 109 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, T. 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd. 1998, n° 132.

¹⁰³⁷ M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », *Mél. R. HOUIN*, Dalloz, 1985, p. 273.

¹⁰³⁸ A. ETIENNEY, *J.-Cl. Contrats distribution, Extinction du contrat. Effets*, fasc. 176 (2010), n° 20-36.

¹⁰³⁹ J.-P. CHAMOIX, *L'appropriation de l'information*, ouvrage collectif, Librairies techniques, 1986. Dans le même sens : N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997 p. 330 ; M. DEPINCE, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259.

¹⁰⁴⁰ Cass. crim. 12 juin 1974, *Ann. propr. ind.* 1974, p. 97.

contrats de situation en organisant et en gérant la liquidation du passé et l'aménagement de l'avenir »¹⁰⁴¹. Les obligations post-contractuelles peuvent donc être classées dans deux catégories. L'on a d'une part des obligations qui entrent en vigueur avec la fin du contrat : la restitution, la destruction, le remboursement, la reprise des stocks, l'indemnisation, la non-exploitation ou la non-utilisation des signes de ralliement de la clientèle. Il s'agit des obligations à effets post-contractuels. Et on a d'autre part des obligations qui sont maintenues : la garantie, la finalisation des commandes passées, la confidentialité, la non-concurrence, ou encore la non-réaffiliation. Il s'agit là des obligations qui survivent au contrat.

515. En France, l'intérêt que la doctrine apporte à l'après contrat n'est que récent et mitigé par rapport à l'avant contrat. En effet, aux articles précurseurs de Le STANC¹⁰⁴², de FONTAINE¹⁰⁴³ et de Philippe STOFFEL-MUNCK¹⁰⁴⁴, se sont ajoutées les thèses de PETIT¹⁰⁴⁵ sur l'après-contrat, de CASEAU-ROCHE¹⁰⁴⁶ sur les obligations post-contractuelles, de BLANC-JOUVAN¹⁰⁴⁷ et récemment de M. CHENU¹⁰⁴⁸ sur les clauses autonomes. Au Vietnam, les rédacteurs du Code civil voient le rapport qui unit les parties essentiellement de forme statique, à l'instant de la conclusion du contrat, sans se soucier ni de son évolution tout au long de la vie du contrat, ni des relations post-contractuelles des parties. La doctrine, quant à elle, s'intéresse plutôt à l'avant-contrat, plus précisément à sa formation, qu'au rapport qui pourrait exister après l'extinction du contrat. Aucune étude systématique n'a été consacrée à l'après-contrat, sauf un article sommaire sur les clauses de confidentialité et de non-concurrence en matière de franchise¹⁰⁴⁹. Cette désaffection est d'autant plus regrettable que la pratique des clauses imposant des obligations post-contractuelles se répand avec le développement de nouvelles formes de la distribution. Il serait dès lors opportun

¹⁰⁴¹ C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001.

¹⁰⁴² C. LE STANC, « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? », JCP 1978, 12735.

¹⁰⁴³ M. FONTAINE, « Les obligations « survivant au contrat » dans les contrats internationaux », DPCI 1984, p. 7.

¹⁰⁴⁴ RDC, 2004 n° 1, p. 159.

¹⁰⁴⁵ F. PETIT, *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, déc. 1994.

¹⁰⁴⁶ C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001.

¹⁰⁴⁷ G. BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat : étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. Paris II, 2002.

¹⁰⁴⁸ D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010.

¹⁰⁴⁹ HOANG Thi Thanh Thuy, « Les clauses de confidentialité et de non-concurrence dans le contrat de franchise » (Điều khoản bảo mật thông tin và điều khoản cấm cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại), *Jurisprudence Rev.* févr. 2011, p. 43-50.

d'étudier les deux clauses qui sont très souvent introduites au contrat de franchise : la clause de confidentialité et la clause de non-concurrence.

516. Plan. En l'absence de disposition spécifique¹⁰⁵⁰, le franchiseur doit recourir aux techniques contractuelles en insérant dans le contrat des clauses de confidentialité et de non-concurrence qui, comme toutes autres clauses, doivent satisfaire les conditions imposées par le droit commun des obligations. Les parties doivent déterminer l'objet de la confidentialité et de la non-concurrence et causer celles-ci. Compte tenu de leur entrave à la liberté fondamentale du débiteur, la jurisprudence française cherche tant à en interdire l'emploi abusif, qu'à en contrôler les excès (1). Une fois cette démarche effectuée, il serait opportun d'étudier leur sort dans l'hypothèse de l'extinction extraordinaire du contrat qui les contient (2).

1.- Le contrôle des clauses survivant au contrat de franchise

517. Liberticides, les obligations de confidentialité et de non-concurrence pourraient être contraires aux valeurs constitutionnelles¹⁰⁵¹. C'est ainsi que la jurisprudence française a cherché à les insérer dans des limites. La validité de la clause de confidentialité est rarement remise en cause puisque son débiteur s'oblige simplement à se taire (a). Il en va autrement pour l'interdiction de concurrence (b).

a) Le contrôle de la clause de confidentialité

*Le Roi Midas a des oreilles d'âne !*¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ Aucune disposition légale en France n'interdit au franchisé de concurrencer son ex-franchiseur. De même, le savoir-faire du franchiseur ne bénéficie d'aucune protection spécifique pour la période post-contractuelle.

¹⁰⁵¹ La liberté d'expression et la liberté d'établissement sont deux valeurs fondamentales reconnues tant en France qu'au Vietnam (art.s 55 et 69 de la Constitution de 1992).

¹⁰⁵² Selon le mythe grec, le Roi Midas, arbitre d'un concours musical opposant Apollon et Pan, avait eu l'imprudence de préférer la flûte de Pan à la lyre d'Apollon. Ce dernier, très fâché, le dota d'une paire d'oreilles d'âne, pour preuve de sa stupidité. Midas faisait de son mieux pour les cacher. Malgré tout, son barbier finit par découvrir la vérité. Craignant pour sa vie, le Roi lui fit souscrire une clause de confidentialité : rien ne devait être révélé de l'originalité des oreilles royales. Incapable de porter le poids d'un pareil secret, le barbier creusa un trou dans la terre et y murmura son secret avant de reboucher le trou. Mais bientôt des roseaux poussèrent à cet endroit et dès que le vent soufflait et les agitait, ils répétaient : « Le roi Midas a des oreilles d'âne... Le roi Midas a des oreilles d'âne... ». Cette légende montre combien on a du mal à garder un secret.

518. Qu'elle soit nommée « obligation de discrétion », « obligation de non-divulgaration », « obligation de non-communication », « obligation de secret », ou encore *Non Disclosure Agreement*, la confidentialité se traduit juridiquement par une obligation de ne pas faire à la charge du débiteur¹⁰⁵³ dont l'objet est une ou plusieurs informations.

Au Vietnam, la loi commerciale laisse libres les contractants d'aménager leur clause. Toutes les options sont envisageables, le principe de liberté contractuelle prévalant. La loi admet même l'engagement perpétuel de confidentialité¹⁰⁵⁴. Le franchiseur a donc toute latitude de couvrir toutes les informations communiquées sous l'habit de secret. Or, il est établi que toutes les informations constituant le savoir-faire ne sont pas nécessairement substantielles, ni secrètes pour le franchisé. C'est en effet la façon dont le franchiseur les rassemblent qui prime¹⁰⁵⁵. Ne serait-il pas illégitime d'admettre que toutes ces informations soient couvertes par la confidentialité ? Par ailleurs, les informations constituant le savoir-faire n'ont pas la même importance. Une information purement commerciale deviendrait souvent vite obsolète, alors qu'une information scientifique ou technologique peut demeurer utile à très long terme¹⁰⁵⁶. Faut-il que toutes les informations constituant le savoir-faire soient gardées secrètes par le franchisé ? Le juge vietnamien n'a été jamais saisi sur ce point. Il est dès lors opportun d'étudier la jurisprudence française afin d'apporter des solutions au droit vietnamien.

¹⁰⁵³ M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT, P. GRIGNON, *L'après contrat*, Editions Francis Lefebvre, 2005, n° 174, p. 141 ; R. GEISSMAN, *L'obligation de confidentialité*, th. Montpellier, 1988 ; J.-B. BOUDA, *L'obligation de discrétion du salarié*, th. Strasbourg, 1988 ; F. NAMOUR, *Clauses de secret*, th. Montpellier, 1992 ; A. SEUBE, « La réservation du know-how par le droit des contrats » in « Le know-how », 5^{ème} rencontre de propriété industrielle, Montpellier, Librairies techniques, 1975, p. 88 ; A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », LPA, 7 août 2006 n° 156, p. 4 ; J.-M. VARAUT, « Secret et transparence », Gaz. du Palais, 14 sept. 2002, n° 257, p. 2 ; J. CALVO, « La pratique internationale des accords de secret », LPA, 1989, n° 81, p.1 8 ; M. VIVANT, « Les clauses de secret », in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », PUAM 1990 ; M. FONTAINE, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI, 1991, n° 5, p. 5 ; J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOL, « Violation de la confidentialité des négociations », LPA, 1990, n° 41, p. 4 ; A. KREISS, *La transmission du know-how entre entreprises industrielles*, Litec, 1987, n° 261 ; P. le TOURNEAU, *Parasitisme - Notion, prévention, protection*, Litec 1998, p. 219 et s. V. toutefois F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE (*Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd. n° 700) qui considère qu'il s'agit non seulement d'une obligation de ne pas faire, mais aussi d'une obligation de faire. L'engagement de faire se traduit par une multitude de diligences concrètes : l'accompagnement par des mentions spécifiques, la gestion des accès à certains lieux, le confinement, la prévention des indiscretions écrites ou orales, l'interdiction ou l'encadrement des reproductions, la restitution ou la destruction des documents supports.

¹⁰⁵⁴ Art. 287.

¹⁰⁵⁵ *Supra*, n° 123 et s.

¹⁰⁵⁶ En ce sens : M. BÜHLER, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI, 2002, n° 3, p. 359.

En France, la liberté d'expression étant le principe, la confidentialité conventionnelle n'est que dérogatoire et, à ce titre, n'est licite que si elle est à la fois « justifiée en raison et causée en droit »¹⁰⁵⁷. Aussi, la confidentialité ne couvre que les informations transmises par le franchiseur et doit être proportionnelle au but recherché.

519. Portée de la confidentialité. Il se peut que le franchisé apporte, pendant l'exécution du contrat de franchise, certains perfectionnements au savoir-faire du franchiseur¹⁰⁵⁸. La question qui se pose est alors celle de savoir si le franchisé peut se voir reconnaître le droit d'utiliser ou de divulguer ces informations. La réponse semble dépendre du point de savoir si les perfectionnements apportés par le franchisé sont détachables ou non du savoir-faire de base. Selon la Commission européenne, s'ils sont détachables du savoir-faire de base, le franchisé peut les utiliser. Si, au contraire, ils se révèlent indissociables du savoir-faire de base, leur divulgation ou leur utilisation n'est pas possible. C'est ainsi que, dans l'affaire *Computerland*, la Commission européenne a décidé le 13 juillet 1987 que les anciens franchisés sont « expressément autorisés à continuer d'utiliser les innovations ou améliorations qu'ils ont apportées et dont il peut être démontré qu'elles sont séparables du système Computerland »¹⁰⁵⁹.

Cette solution est juste et stimulante. Elle est juste parce qu'il ne serait pas équitable d'interdire au franchisé d'utiliser ce qu'il a créé par ses propres efforts. Laisser au franchiseur le fruit des efforts de son franchisé revient à reconnaître au franchiseur le droit à l'enrichissement sans cause. Elle est stimulante en ce que les franchisés s'efforceront davantage à améliorer le concept et la formule de la franchise s'ils peuvent bénéficier de ces améliorations même à l'expiration du contrat. Par voie de conséquence, cela rend le réseau de franchise plus efficace, plus dynamique et apte à faire face à la concurrence¹⁰⁶⁰.

520. Proportionnalité. La raison d'être de la confidentialité réside dans l'intérêt que trouve le créancier au secret entourant l'information transmise¹⁰⁶¹. De nature à favoriser les ententes

¹⁰⁵⁷ M. VIVANT, art. préc. n° 26.

¹⁰⁵⁸ *Supra*, n° 138 et s.

¹⁰⁵⁹ Déc. 13 juill. 1987, *Computerland*, JOCE 10 août 1987, n° L. 222, point 23 ii).

¹⁰⁶⁰ H. KENFACQ, *La franchise internationale*, th. Toulouse I, 1996, p.59. V. toutefois H. BENSOUSSAN, *Le droit de la franchise*, Apogée 1999, p. 186. L'auteur considère que le perfectionnement est par nature lié au savoir-faire de base détenu par le franchiseur et dès lors, il en est indissociable. Dès lors, le respect de la confidentialité s'impose pour la globalité.

¹⁰⁶¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'après-contrat*, RDC 2004, n° 21.

prohibées, l'obligation de confidentialité pourrait avoir pour effet, voire pour motif, de « limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises » ou de « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché (...) »¹⁰⁶². Une obligation de confidentialité justifiée au regard d'un intérêt particulier pourrait se révéler annulable en portant atteinte à l'intérêt général et doit être considérée comme illicite. Il en a été jugé ainsi à propos d'une clause qui était de nature à créer une « opacité artificielle ». En l'espèce, la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 27 janvier 1998 a approuvé une cour d'appel en retenant que « la clause de confidentialité figurant dans les accords conclus avec la société Galec et les « lessiviers », avait non seulement un effet anticoncurrentiel à l'égard des producteurs mais également à l'égard des distributeurs concurrents qui se trouvaient dans une situation désavantageuse par rapport aux distributeurs auxquels la ristourne occulte était consentie »¹⁰⁶³.

b) Le contrôle de la clause de non-concurrence

521. Définition. La clause de non-concurrence peut être définie comme une stipulation « par laquelle un contractant se prive de la faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité professionnelle susceptible de concurrencer celle de l'autre »¹⁰⁶⁴. Communément considérée par la doctrine¹⁰⁶⁵ comme créatrice d'une obligation de ne pas faire, la clause vient interdire à un contractant ou à un ancien contractant d'exercer une activité concurrente, compromettant ainsi l'intérêt de l'entreprise de son créancier. Pouvant être présentée comme visant à sauvegarder les acquis du titulaire de la clientèle mis en danger par le débiteur de la non-concurrence, la clause a donc pour base un conflit d'intérêts que l'on peut qualifier de bipolarité¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² 1° et 2° de l'art. 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 devenu l'art. L. 420-1 du Code de commerce.

¹⁰⁶³ Cass. com., 27 janv. 1998, pourvoi n° 96-10694 ; D. aff. 1998, p. 836.

¹⁰⁶⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v. *Non-concurrence (clause)*, Association Henri Capitant, PUF, 3^{ème} éd. 1992, p. 446. Dans le même sens : D. LEGEAIS, J.-Cl. Commercial, *Clause de non-concurrence*, fasc. 256 (2001).

¹⁰⁶⁵ Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz 1991 ; J. AMIEL-DONAT, *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988 ; C. CHAMPAUD, « Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler) », RJ Com. 1986, p. 161 ; D. VIDAL, « Les clauses de non-concurrence » in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », PUAM, 1990 ; E. GASTINEL, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles-Obligations de non-concurrence et de confidentialité » in « La cessation des relations contractuelles d'affaires », PUAM, 1997, p. 197.

¹⁰⁶⁶ En ce sens : M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. SERRA, PU Perpignan, 1999, spéc. n° 46.

522. Entrave à la liberté. Dangereuse par nature quant à la liberté de son débiteur, la clause de non-concurrence se heurte à des critiques doctrinales importantes. Ainsi, M. GASTINEL considère que « la clause post-contractuelle de non-concurrence constitue une lourde entrave à la liberté de commerce et d'industrie, ainsi qu'une restriction sérieuse à la libre concurrence entre les opérateurs économiques »¹⁰⁶⁷. M. GOMY s'est prononcé dans le même sens en écrivant qu' « au nom de la protection d'une valeur patrimoniale, la clientèle, on porte atteinte à des droits extrapatrimoniaux tels que la liberté du travail et la liberté du commerce et de l'industrie »¹⁰⁶⁸. M. CARBONNIER souligna, quant à lui, que l'obligation de non-concurrence « essaie de prêter consistance à quelque chose qui n'en a pas : fonds de commerce, clientèle. [...] On est amené à violenter des libertés humaines élémentaires »¹⁰⁶⁹.

523. Au Vietnam, tout comme pour l'obligation de confidentialité, la validité de la clause de non-concurrence s'apprécie eu égard aux conditions imposées par le Code civil, telles que le consentement, l'objet et la cause. En matière sociale, a été admise une clause interdisant au salarié de travailler directement ou indirectement pour une autre société concurrente pour une durée d'un an après la rupture du contrat, sans qu'aucune contrepartie financière n'ait été prévue. Le tribunal populaire de Duc Hoa a jugé dans ce sens dans un arrêt rendu le 10 décembre 2010. En l'espèce, un mois après la résiliation unilatérale du contrat pour des raisons de santé, le salarié a travaillé pour une autre société concurrente. Le créancier l'a alors assigné en cessation immédiate du contrat avec la société concurrente et en réparation des dommages-intérêts. Les juges du fond lui ont donné pleine satisfaction après avoir relevé que la clause remplissait toutes les conditions de validité imposées par le Code civil et que « M. Mohan Ram {le salarié} a été recruté à un poste d'expert qui lui permettait d'accéder au savoir-faire de la société Saitex. Cette dernière pouvait justifier la protection de son savoir-faire par une clause de non-concurrence post-contractuelle »¹⁰⁷⁰. Cette clause de non-concurrence reste valide sans qu'aucune contrepartie financière n'ait été prévue par le contrat litigieux.

¹⁰⁶⁷ E. GASTINEL, art. préc., p. 198.

¹⁰⁶⁸ M. GOMY, *op. cit.*, n° 51.

¹⁰⁶⁹ J. CARBONNIER, note sous CA Poitiers, 8 nov. 1949, JCP 1950 I 5205.

¹⁰⁷⁰ Tribunal populaire de Duc Hoa, province de Long An, arrêt n° 09/2010/LD-ST du 10 déc. 2010. Le juge a déduit exactement qu'il y avait utilisation du savoir-faire par l'ex-salarié parce que celui-ci avait un diplôme de Master en chimie et que pendant l'exécution du contrat avec la société Saitex, il a été formé aux techniques de textiles-lavage, domaine dans lequel il travaillait pour la nouvelle société concurrente.

524. En France, en l'absence de dispositions légales générales limitant la portée de la clause de non-concurrence, c'est au juge d'en déterminer les contours. Le contrôle de la clause a commencé à propos de la vente de fonds de commerce. Aujourd'hui, c'est le contrôle des clauses imposées aux salariés qui constitue, semble-t-il, la référence de base de la Cour de cassation pour les autres domaines dans lesquels ces aménagements sont prévus, telle que la franchise ou la concession¹⁰⁷¹. Des limitations dans le temps et dans l'espace ont d'abord été exigées (i). A ensuite été imposée la proportionnalité de l'intérêt légitime à protéger par rapport à l'objet du contrat (ii).

i.) Les limitations

525. Le droit français a posé une première limite à la clause de non-concurrence en surbannant sa validité à des limitations géographique et temporaire. Dès 1900, la Cour de cassation a posé le principe que « la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie ne peut être restreinte par des conventions particulières que si ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitées tout à la fois quant au temps et quant au lieu »¹⁰⁷². Le principe a encore été rappelé à plusieurs reprises par la Cour de cassation que la clause de non-concurrence doit être limitée tant dans l'espace que dans le temps¹⁰⁷³.

526. Limitation géographique. Il est de jurisprudence constante que la clause de non-concurrence doit être limitée dans une zone géographique¹⁰⁷⁴. Son appréciation relève du pouvoir souverain du juge qui y procède *in concreto*. C'est ainsi qu'une diversité de solutions existe en jurisprudence. Cette zone peut être une ville, un département, un pays, un territoire. En effet, en matière sociale, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient

¹⁰⁷¹ M.-A. MOREAU, « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », Dr. et Patr. mars 1999, p. 56. La tentation de généralisation de la contrepartie financière comme une condition de validité de la clause dans un contrat de travail au contrat de franchise est toutefois vouée à l'échec.

¹⁰⁷² Cass. req. 2 juill. 1900, DP 1901, 1, p. 294.

¹⁰⁷³ Cass. com., 19 mai 1987, pourvoi n° 85-16840, Bull. 1987 IV n° 121 p. 92 ; D. 1988, somm. p. 177, obs. Y. SERRA. Dans le même sens : Cass. com., 12 janv. 1988, préc. ; Cass. com., 30 oct. 1989, pourvoi n° 88-16804, Bull. 1989 IV, n° 260, p. 174 ; JCP E 1989, I, 19300.

¹⁰⁷⁴ Cass. com., 27 juin 1984, pourvoi n° 81-42932, Bull. civ. 1984, IV, n° 269 ; Cass. com., 1^{er} juill. 2003, pourvoi n° 01-17766, Contrats, conc. cons. 2003, comm.152 ; JCP E 2004, 869, note S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; D. 2004, somm. p. 1153, obs. Y. PICOD ; Cass. com., 7 janv. 2004, pourvoi n° 02-17091. Cass. com., 17 janv. 2006, pourvoi n° 03-12382.

refusé d'annuler une clause de non-concurrence interdisant à un représentant toute concurrence pendant les cinq années après la rupture du contrat dans un cercle de 500 kilomètres de rayon d'une ville déterminée, dès lors qu'il est constaté que « l'interdiction temporaire imposée aux intéressés [...] leur permettait soit d'entreprendre, dans le secteur provisoirement interdit, une représentation différente, soit de continuer leur activité dans la même branche professionnelle, sur une portion du territoire français qui avait été définie par la convention des parties d'une manière assez précise »¹⁰⁷⁵.

Dans d'autres cas, la Haute juridiction a considéré comme valide des clauses de non-concurrence qui étaient limitées à une ville et ses départements limitrophes¹⁰⁷⁶, à l'ensemble du territoire national¹⁰⁷⁷, voire associé aux pays de la Communauté¹⁰⁷⁸. Tout demeure donc question d'espèce. La nature de l'activité exploitée par le débiteur ou son âge peuvent influencer l'appréciation faite par les juges d'une même clause¹⁰⁷⁹. C'est ainsi qu'une clause s'étendant sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine peut être jugée valable dans certains cas¹⁰⁸⁰, mais illicite dans d'autres¹⁰⁸¹.

527. Références européennes. Aujourd'hui, la jurisprudence française a tendance à s'inspirer des règlements d'exemption du droit de l'Union européenne. En effet, dans une espèce concernant la franchise de Distribution Casino France, la Cour de cassation¹⁰⁸² s'est référée à l'article 5 b) du règlement CE n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées¹⁰⁸³ pour sanctionner une clause imposant au franchisé, pendant un an et

¹⁰⁷⁵ Cass. com., 20 mars 1973, pourvoi n° 72-10760, Bull. civ. n° 127,

¹⁰⁷⁶ Cass. com., 18 déc. 1979, pourvoi n° 78-11393, JCP 1980, p. 88.

¹⁰⁷⁷ Cass. com., 7 nov. 1984, pourvoi n° 82-16882, Bull. 1984 IV n° 302 ; *D.* 1985, p. 204.

¹⁰⁷⁸ Cass. com., 27 oct. 1981, pourvoi n° 79-15261, Bull. civ. n° 371 ; *D.* 1982, IR, p. 204.

¹⁰⁷⁹ M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après contrat*, éd. Francis Lefèbre 2005, spéc. n° 191, p. 161.

¹⁰⁸⁰ Cass. com., 7 nov. 1984, préc. ; Cass. soc. 17 oct. 1984, pourvoi n° 82-41114 82-41115, Bull. civ. 1984, n° 385 ; Cass. com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, Bull. 2006 IV n° 9 p. 8 ; *Contrats conc. cons.*, n° 4, avr. 2006, comm. 67. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁰⁸¹ Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, pourvoi n° 80-41357, Bull. civ. 1982, n° 668.

¹⁰⁸² Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14301, inédit. Pour des observations critiques, voir : M. BEHAR-TOUCHAIS, « La clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat de franchise », *RDC* 2010 n° 3, p. 921 ; N. DISSAUX, « La validité d'une clause de non-concurrence au regard du droit communautaire », *LPA*, 4 janv. 2010, n° 2, p. 11

¹⁰⁸³ Selon lequel, le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé uniquement à celles, d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant. Le nouveau Règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, JOUE L 102/1 du 23.4.2010, prévoit en son

sur un rayon de 30 kilomètres autour du supermarché, d'une part, de ne pas exploiter ou participer d'une quelconque manière, directement ou par personne interposée, à l'exploitation, la gestion, l'administration, le contrôle d'un fonds de commerce ou d'une entreprise ayant une activité identique ou similaire à l'unité en franchise et, d'autre part, de ne pas s'affilier, adhérer, participer de quelque manière que ce soit à une chaîne concurrente du franchiseur, en créer une lui-même, ou, plus généralement, se lier à tout groupement ou organisme ou entreprise concurrente du franchiseur. Le juge suprême s'est donc contenté de se référer au règlement d'exemption pour ne pas se livrer dans le contrôle de la proportionnalité dès lors que la limite de trente kilomètres autour du point de vente est contraire aux règles du droit de la concurrence.

L'étendue géographique de la non-concurrence doit donc être plus restreinte pour pouvoir bénéficier de l'exemption du droit de la concurrence. Dans une espèce donnant lieu à un arrêt de la Cour de cassation, une limite spatiale de trois kilomètres a été considérée comme proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur¹⁰⁸⁴. Récemment, dans un arrêt rendu le 3 avril 2012, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avait déclaré nulle une clause de non-concurrence interdisant au franchisé de s'affilier à une chaîne concurrente du franchiseur pendant une durée de deux ans sur le territoire de la France métropolitaine. Selon la Cour, bien que la cause se justifie par la protection d'un savoir-faire substantiel, secret, expérimenté et identifié, elle « était insuffisamment limitée dans l'espace du fait que l'activité du franchisé s'exerçait dans une seule agence située à Manosque »¹⁰⁸⁵.

528. Limitation temporelle. Tout comme pour l'étendue géographique, la jurisprudence française cherche à réduire l'étendue spatiale des clauses de non-concurrence en se référant au droit européen. Si des clauses de non-concurrence post-contractuelle dont la durée dépassait 2 ans¹⁰⁸⁶, 3 ans¹⁰⁸⁷, voire trente années¹⁰⁸⁸ ont été validées, la durée d'une telle clause ne peut pas dépasser un an lorsque l'accord est susceptible d'affecter le commerce entre États membres de l'Union européenne et a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu

art. 5-3-d) que la durée de la clause de non-concurrence post-contractuelle doit être limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

¹⁰⁸⁴ Cass. com., 24 nov. 2009, pourvoi n° 08-17650, inédit ; RDC 2010 n° 3, p. 921, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; Contrats, conc. cons., n° 2, févr. 2010, comm. 43, M. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁰⁸⁵ Cass. com., 3 avr. 2012, pourvoi n° 11-16301, à paraître au Bull.

¹⁰⁸⁶ Cass. com., 12 janv. 1988, pourvoi n° 86-12838, Bull. 1988 IV n° 31, p. 21.

¹⁰⁸⁷ CA Paris, 29 févr. 1996, Juris-Data n° 020858. Pour une clause de non-réaffiliation : CA Caen, 10 déc. 2002, Juris-Data n° 203908, confirmée par Cass. com., 17 janv. 2006, pourvoi n° 03-12382.

¹⁰⁸⁸ Cass. com., 20 févr. 1979, D. 1979, p. 248.

de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Dans la décision Eras relative aux contrats contenant une clause interdisant au franchisé, à l'expiration du contrat, de représenter un concurrent ou de s'associer à lui pendant une durée de trois ans, le Conseil de la concurrence a considéré que la société n'apportait « aucun élément tendant à justifier que l'activité en cause requiert pour son exercice une technicité telle qu'elle impose une clause de non-concurrence d'une durée de trois ans »¹⁰⁸⁹. De même, la Cour d'appel de Paris a réduit une clause de non-concurrence de trois ans à une année¹⁰⁹⁰.

529. Plus sévère est une décision de la Cour d'appel de Caen, rendu le 29 septembre 2005, qui a relevé que la clause de non-réaffiliation insérée dans un accord de franchise pouvant affecter le commerce entre États membres de la Communauté européenne est nulle alors même que la restriction apportée était limitée à un an. La Cour a retenu qu'une telle clause « a pour but et pour effet de dissuader les franchisés, par une sanction [...] disproportionnée, de résilier le contrat par anticipation, et de rendre plus difficile la pénétration du marché par les enseignes concurrentes, l'exploitation pendant un an du fonds de commerce sans l'enseigne d'importance nationale ou régionale et sans possibilité de vendre les marchandises y étant liées pouvant être très difficile et aboutir en fait à la disparition du point de vente »¹⁰⁹¹. Il résulte de cet arrêt que l'intérêt légitime du franchisé débiteur de l'obligation doit également être pris en considération.

530. La détermination des limitations ne pose généralement pas de difficulté en pratique. Il en va autrement pour l'appréciation de la légitimité des intérêts que cherche à protéger la clause.

¹⁰⁸⁹ Cons., conc., 18 juin 1997, arrêt Eras ; LPA 1998, n° 42, p. 26, note P. ARHEL ; D. 1998, Som. Com. p. 223, obs. Y. SERRA ; Y. MAROT, « Franchise et droit français de la concurrence (à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 18/6/1997) », LPA1998, n° 142, p. 20.

¹⁰⁹⁰ CA Paris, 26 juin 1997, D. affaires 1997, p. 1185.

¹⁰⁹¹ CA Caen, 29 sept. 2005, Juris-Data n° 299499. Dans le même sens : CA Rennes, 23 mars 2004 qui a annulé la clause de non-réaffiliation par laquelle le franchisé quittant le réseau s'obligeait « à ne pas utiliser directement ou indirectement, personnellement ou par personne interposée, en société ou autrement, durant une période d'une année, toute enseigne existante qui pourrait lui être proposée par un tiers, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques [étaient] liées à cette enseigne » sur un territoire déterminé au contrat. Selon les juges rennais, cette clause est illicite dans la mesure où elle « visait exclusivement à protéger un territoire et à assurer la reconstitution locale du réseau en empêchant le franchisé de s'affilier à un autre réseau afin de bénéficier de l'expérience et de la notoriété de celui-ci, ce qui constitue une entrave à la libre concurrence et un avantage pour le franchiseur sans aucune contrepartie, même si le franchisé conserve la possibilité d'exercer le commerce en dehors de toute enseigne préexistante ».

ii.) L'intérêt légitime à protéger

531. Le système prétorien français pose une deuxième limite à la validité de la clause de non-concurrence en soulignant que la clause doit être justifiée par un intérêt légitime par rapport à l'objet du contrat¹⁰⁹². En d'autres termes, la non-concurrence doit être considérée comme une mesure nécessaire de protection contre le risque représenté par le débiteur. Cette condition se décompose en deux propositions distinctes : pour être valable, la clause doit, d'une part, tendre à la protection des « intérêts légitimes » de son bénéficiaire et, d'autre part, être « proportionnée » à l'objet du contrat.

En matière de franchise, la question de savoir si l'intérêt que le franchiseur cherche à protéger est le détournement de la clientèle par l'ex-franchisé ou la protection du savoir-faire est une question récurrente en jurisprudence.

532. La protection de la clientèle. La majorité des décisions rendues en la matière estime que l'intérêt légitime à protéger est la protection de la clientèle¹⁰⁹³. Le vrai débat consiste alors à déterminer à qui appartient la clientèle après la rupture du contrat. Certains tribunaux ont jugé que la clientèle était attachée à la marque¹⁰⁹⁴, alors que d'autres ont considéré qu'elle était commune aux deux contractants¹⁰⁹⁵. D'autres encore ont statué que le franchisé, commerçant indépendant, était titulaire d'un fonds de commerce dans lequel se trouve la clientèle¹⁰⁹⁶. Pour cette jurisprudence, le contrat de franchise n'est qu'un des instruments

¹⁰⁹² Cass. com., 14 nov. 1995, pourvoi n° 93-16299 ; *D.* 1997. Somm. 59, obs. D. FERRIER.

¹⁰⁹³ Cass. com., 17 janv. 2006, pourvoi n° 03-12382 ; Cass. com., 7 janv. 2004, pourvoi n° 02-17091, *D.* 2005, p. 152, obs. D. FERRIER ; Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, *Bull.* III, 2002 n° 77, p. 66 ; *D.* 2002, p. 2401, note H. KENFACK ; *D.* 2002, p. 1487, obs. E. CHEVRIER ; *JCP.* 2002, II, 10112, note F. AUQUE ; *Contrats. conc., cons.*, juill. 2002, p. 16, n° 111 ; Cass. com., 12 janv. 1988, préc ; *CJCE*, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 198 ; *PIBD* 1986, III, p. 158.

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 9 mars 1976, pourvoi n° 74-10889, *Bull. civ.* IV, n° 89, p. 75 ; CA Paris, 6 févr. 1996, *D.* 1996, IR, 77 ; *RTD com.* 1996.I.237, obs. J. DERRUPPÉ ; *D.* 1997.5 obs. D. FERRIER ; *JCP* 1997, 22818, note B. BOCCARA ; A. GULLEMAIN, *La distribution en danger par méconnaissance de la propriété commerciale*, *Loyers et copr.* 1996, *Chron.* 9 ; J. DERRUPPÉ, *Clientèle et achalandage*, *Mél. SAVATIER*, 1992, p. 167 et *Fonds de commerce et clientèle*, *Mél. JAUFFRET*, 1974, p. 231 ; E. GASTINEL, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles-Obligation de non-concurrence et de confidentialité » in « La cession des relations contractuelles des affaires », *PUAM*, 1997, p. 198.

¹⁰⁹⁵ CA Paris 22 déc. 1996, *JCP*, 1967 II 15085 ; Cass. com., 13 nov. 1972, pourvoi n° 71-11702, *Bull. civ.* IV, n° 269 ; *TGI Evry*, 9 déc. 1993, n° XTGIE 091293X, *D.* 1995 p. 154 ; Cass. com., 21 mars 1995, *D.* 1995 p. 101. *TGI Paris*, 24 nov. 1992, n° XTGIP241192X, *D.* 1995 p. 154, obs. L. ROZES.

¹⁰⁹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, *Bull.* III, 2002 n° 77, p. 66 ; *D.* 2002. note H. KENFACK, 1487, obs. E. CHEVRIER et 3006, obs. D. FERRIER ; *RTD com.* 2002.457, obs. B. SAINTOURENS, *AJDI* 2002.376, obs. J.-P. BLATTER ; O. BINDER, « Le mythe de la propriété de la clientèle : la franchise ou l'avenir du fonds de commerce par la maîtrise des outils permettant de capter et de développer la clientèle », *AJDI* 2001.1054 ; J.-P. BLATTER, « Franchise et propriété commerciale », *AJDI*

utilisés par un commerçant pour développer sa propre clientèle. Celle-ci est l'élément qui catalyse la diversité des éléments corporels et incorporels réunis par un commerçant pour exercer son activité et les transmuter en fonds de commerce.

533. Force est toutefois de constater que si la clientèle appartient effectivement au franchisé, le franchiseur ne peut défendre un intérêt légitime par la protection d'une clientèle qui ne lui appartient pas. La clause de non-concurrence est donc injustifiée. Il s'agit là d'une « contradiction fondamentale dans le droit français actuel sur la question. D'une part, il considère que la clientèle reste attachée au franchisé et non pas à la marque (donc au franchiseur) {...}. D'autre part, il valide les clauses qui interdisent au franchisé de continuer à exercer son activité, ce qui revient à lui faire perdre son fonds avec sa clientèle »¹⁰⁹⁷. Le franchisé, tenu par une clause de non-concurrence, se trouve alors devant un dilemme. Soit, il entend conserver la même activité et doit attendre l'expiration de la période de non-concurrence stipulée, avec le risque considérable de la disparition du fonds, faute d'exploitation. Soit, il se résigne à changer de domaine, afin de ne pas cesser d'exercer une activité commerciale et il perdra « sa clientèle » qui représente une valeur économique. Il ne peut non plus céder son fonds de commerce puisque celui-ci n'a pratiquement aucune valeur sans les signes de ralliement de la clientèle¹⁰⁹⁸.

534. La protection du savoir-faire. Cependant, le débat portant sur la légitimité de la clause de non-concurrence ne doit pas être lié à celui de l'appartenance de la clientèle. Le règlement 2790/1999 ainsi que le nouveau règlement d'exemption¹⁰⁹⁹, prévoient que l'obligation de non-concurrence ne peut bénéficier de l'exemption que si elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré¹¹⁰⁰. Le point 106-e des lignes directrices de 2010 précise, quant à lui, que « le savoir-faire, une fois transmis, ne peut pas être repris ». Dès lors, le fournisseur du savoir-faire peut empêcher que « celui-ci soit utilisé pour le compte de ses

2002.376 ; Y. MAROT, « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », LPA, 4 févr. 2003 n° 25, p. 3. Récemment, la Cour de cassation a rappelé que « le contrat de franchise n'exclut pas l'existence d'une clientèle propre au franchisé ; qu'en l'espèce, en excluant par principe que la Société FLORELYS BEAUTE franchisée puisse disposer d'une clientèle personnelle, les juges du fond ont violé l'article 1134 du Code civil ». Cf. Cass. com., 23 mars 2010, pourvoi n° 09-11029.

¹⁰⁹⁷ P. le TOURNEAU et M. ZOIA, *Franchisage, J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 1045, 16 nov. 2007.

¹⁰⁹⁸ En ce sens : J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », *in* Libre droit, Mél. Ph. le TOURNEAU, Dalloz, 2008, p. 37.

¹⁰⁹⁹ (UE) n° 330/2010 de la Commission européenne, JO UE L 102/1 du 23 avril 2010.

¹¹⁰⁰ Art. 5 b) du règlement d'exemption 2790/1999 et art. 3-c) du nouveau règlement.

concurrents ou par ceux-ci ». Si ce savoir-faire n'est pas facilement accessible à l'acheteur et est substantiel et indispensable à la mise en œuvre de l'accord, sa communication peut « justifier une restriction du type obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera normalement pas de l'article 101, paragraphe 1 ». C'est ainsi que dans l'arrêt « laveur de vitres »¹¹⁰¹, le juge a statué que la restriction imposée à l'ancien partenaire après la rupture du contrat ne pouvait être validée qu'en présence d'un savoir-faire à protéger suffisamment consistant.

535. En droit interne, le juge français considère également que l'existence et la transmission du savoir-faire, conditions de validité du contrat de franchise, sont également une condition de validité de la clause de non-concurrence elle-même. Dans un arrêt rendu le 10 janvier 2008, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait relevé que « la licéité d'une clause de non-concurrence était subordonnée tant à l'existence d'un savoir-faire transmis par le franchiseur qu'au caractère proportionné de l'interdiction faite au franchisé au regard des intérêts du franchiseur ». Dès lors que l'avantage économique apporté au franchiseur en raison de l'originalité de son savoir-faire n'était pas établi avec certitude, l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent faite au franchisé « n'était pas proportionnelle à la sauvegarde des intérêts légitimes du franchiseur »¹¹⁰².

536. Il convient toutefois de constater que le savoir-faire que le franchisé détient au moment de la sortie du réseau n'est pas nécessairement celui qui lui a été communiqué par le franchiseur. Le savoir-faire est en fait un élément fluide qui s'actualise avec l'évolution du goût du consommateur. Or, c'est précisément le franchisé qui est en contact direct avec les clients. Il acquiert en conséquence cette connaissance de ses propres investissements. Il serait dès lors injuste de lui interdire d'exploiter cette connaissance qui lui est propre¹¹⁰³. Par ailleurs, il est constaté que le savoir faire est « observable » dans les lieux de vente, visible

¹¹⁰¹ Cass. soc. 14 mai 1992, pourvoi n° 89-45300, Bull. civ. V, n° 309 ; JCP 1992. I. 889, note J. A. DOMAT. Il s'agit d'un revirement, pour la jurisprudence antérieure, V. not. Cass. soc. 13 oct. 1988, JCP E 1989. II. 15474, note J. A. DOMAT. Sur l'ensemble de la question, Y. Serra, « La qualification professionnelle du salarié - élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 1996. Chron. 245 s. ; G. Damy, « La clause de non-concurrence dans les relations de travail », JCP E 2008. 1025. Récem. Soc. 4 avr. 2007, n° 05-45.714, inédit. Dans le même sens : CA Versailles, 12 juin 2003, Juris-Data n° 2003-225451.

¹¹⁰² Cass. 2^{ème} civ., 10 janv. 2008, pourvoi n° 07-13558. Dans le même sens : CA Lyon, 31 janv. 2008, RG n° 06/00187.

¹¹⁰³ N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, chr. p. 330 ; J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* mars 2001, p. 64.

aux yeux de tous. Il est nécessairement d'ores et déjà « divulgué » aux concurrents, tombé dans le domaine public des enseignes en quelque sorte. La clause de non-concurrence est donc, selon BEN SOUSSEN, « inutile car vaine à sa protection »¹¹⁰⁴. La clause de confidentialité généralement prévue dans les contrats suffit donc à la protection du savoir-faire.

537. La proportionnalité de l'intérêt légitime à protéger eu égard à l'objet du contrat.

La jurisprudence pose enfin un troisième obstacle à la clause de non-concurrence en lui imposant d'être proportionnée par rapport à l'objet du contrat. Dans un arrêt rendu le 12 mars 2002, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait déclaré nulle une clause de non-concurrence interdisant au franchisé de collaborer directement ou indirectement à un commerce de même nature sur le territoire de la Communauté européenne pendant une durée de deux ans au motif que celle-ci « n'était pas proportionnée à l'objet du contrat »¹¹⁰⁵. De même, la Cour d'appel de Montpellier a jugé le 21 janvier 2003 qu'eu égard au fait que dès la cessation des relations contractuelles, la société affiliée n'a plus bénéficié des signes de ralliement de la clientèle, l'étendue de la clause de non-concurrence stipulée par les parties « était disproportionnée par rapport à l'objet du contrat »¹¹⁰⁶.

Récemment, dans un arrêt de principe, la Cour de cassation a statué que « lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »¹¹⁰⁷.

538. En définitive, la clause de non-concurrence ne vise qu'à satisfaire l'intérêt propre du franchiseur tout en exposant le franchisé à de risques importants. S'il veut continuer la même

¹¹⁰⁴ M. BEN SOUSSEN, « Franchise et concurrence : il y a urgence législative ! », Fr. Mag, févr. 2011. Dans le même sens : N. CASTAGNON, « Clauses de non-concurrence : l'Autorité de la Concurrence enfonce le clou », Fr. Mag 9 déc. 2010.

¹¹⁰⁵ Cass. com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-14762 ; D. 2003, Somm. p. 902, obs. Y. AUGUET ; Contrats, conc. cons. 2003, n° 5, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Cah. dr. entr. n° 5, p. 43, n° 6, obs. J.-L. RESPAUD. Plus avant : Cass.com. 22 févr. 2000, JCP. E 2000, p. 1429, note L. LEVENEUR.

¹¹⁰⁶ CA Montpellier, 21 janv. 2003 ; Cah. dr. entr. n° 5, p. 43, n° 6.

¹¹⁰⁷ Cass. com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13824, à paraître au Bull.

activité, il doit attendre l'expiration de la période de non-concurrence stipulée. Il doit licencier son personnel et lui-même devient chômeur. Il a droit à la clientèle mais ne peut pas l'exploiter, d'où le risque de sa disparition. C'est ainsi que la jurisprudence française tend à réduire de plus en plus l'étendue de l'obligation pour pouvoir concilier, d'une part, l'intérêt du réseau de franchise et, d'autre part, la liberté de travail de l'ex-franchisé. La clause de non-concurrence doit respecter les limites temporaire et géographique et se justifier par un intérêt légitime à protéger eu égard à l'objet du contrat. La plupart des pays européens subordonnent également la validité de l'obligation de non-concurrence à cette double condition¹¹⁰⁸. Les limitations spatiale et temporelle semblent être transposables au droit vietnamien. La jurisprudence vietnamienne a accepté la protection du savoir-faire comme fondement de la clause de non-concurrence. Mais, les analyses ci-dessous avancées semblent permettre de conclure qu'une clause de confidentialité suffit à parvenir à cet objectif.

Pour compenser l'entrave à la liberté d'exercice du débiteur, une partie de la doctrine française considère que la solution la plus satisfaisante pour les deux parties consisterait à valider l'engagement de non-concurrence dans le contrat de franchise, parce qu'il répond à un intérêt légitime du franchiseur, tout en corrigeant ses conséquences par l'attribution d'une indemnité de clientèle au franchisé¹¹⁰⁹. L'exigence est considérée comme une mesure complémentaire de sauvegarde de la liberté du débiteur de la clause de non-concurrence. Elle est alors socialement juste, juridiquement orthodoxe et pratiquement efficace¹¹¹⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs exigé que pour être valide, toute clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail doit faire l'objet d'une contrepartie financière¹¹¹¹. Nonobstant d'importantes sollicitations doctrinales, la jurisprudence¹¹¹²

¹¹⁰⁸ Tel est le cas des droits belge, néerlandais, finlandais, allemand, italien et suisse. Du point de vu de droit uniforme et du droit comparé, V. F. DE LY, « Les clauses de non-concurrence dans les contrats internationaux », *RDAI*, n° 4, 2006, p. 441.

¹¹⁰⁹ M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. SERRA, PU Perpignan 1999, n° 136.

¹¹¹⁰ A. BRUN, « L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports de travail », *Mél. P. ROUBIER*, *Dalloz* 1961, t. 2, p. 366 ; P.-H. BERNARD, « La contrepartie de l'obligation de non-concurrence », *Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1992, n° 11, p. 3 ; S. CHOISEZ, « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 662 ; C. CASEAU-ROCHE, *op. cit.*, n° 381. V. toutefois, en matière de droit social : P. FIESCHI-VIVET, « Clause de non-réembauchage et indemnité compensatrice », *D.* 1976, chron. p. 150, n° 13 ; P. le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2007, 2^{ème} éd. n°s 680 et s. p. 298 et s. C. JAMIN, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D. aff.* 2003, p. 2878 et s.

¹¹¹¹ Cass. soc., 28 sept. 2011, pourvoi n° 09-68537 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239 ; *JCP* 2002 II 10162, note F. PETIT ; *D.* 2002. Jur. 2491, note SERRA, et *Somm.* 3111, obs. J. PELISIER ; *Dr. soc.* 2002. 949, note VATINET.

¹¹¹² CA Reims, 9 mai 2005 ; CA Caen, ch. civ. 3 nov. 2005 ; CA Aix-en-Provence, ch. 2, 19 juin 2006, *D.* 2006 ; Cass. com., 4 déc. 2007, pourvoi n° 06-15137, *Bull.* 2007, IV, n° 255. La Cour a statué que « le législateur n'a

n'admet toujours pas la généralisation de cette solution à l'ensemble des contrats comprenant une telle stipulation¹¹¹³. Une indemnité d'éviction de clientèle est néanmoins envisageable. Lorsque 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. C'est ce qu'illustre un arrêt de la Cour de cassation rendu le 9 octobre 2007¹¹¹⁴. Mais cet arrêt, au demeurant non publié, est d'une portée restreinte.

La validité acquise, les clauses post-contractuelles de confidentialité et de non-concurrence risquent d'être mise à néant en cas de rupture extraordinaire du contrat alors même qu'elles ont pour but d'aménager l'après-contrat.

2.- Le sort des clauses de confidentialité et de non-concurrence

539. L'organisation des relations post-contractuelles est-elle remise en cause quand le contrat ne prend pas fin par les modes ordinaires d'extinction ? La réponse est relativement simple si les parties ont envisagé leurs relations après la résiliation du contrat en cause. Les clauses conservent leur valeur. Autrement plus compliqué est le sort du dispositif en cas d'anéantissement rétroactif du contrat.

540. Au Vietnam, la survie des clauses post-contractuelles n'est pas envisageable en droit commun des obligations compte tenu du principe de rétroactivité de la résolution, mais possible en droit commercial qui permet aux contractants d'aménager librement leur dispositif post-contractuel (a). Le même principe de rétroactivité a été posé en droit français. La Haute juridiction n'a pas changé de position en dépit de nombreuses voix qui militent pour l'autonomie des clauses de non-concurrence et de confidentialité (b).

pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L. 134-14 du code de commerce ».

¹¹¹³ L'arrêt du 15 mars 2011 préc. laisse à penser que la contrepartie financière doit être insérée dans un contrat autre que le contrat de travail. Mais cela ne signifie pas que les clauses de non-concurrence devront à l'avenir comporter une contrepartie financière dans les contrats de franchise. La Cour de cassation a en effet pris soin de motiver son arrêt en exposant que c'est l'insertion de la clause de non-concurrence dans le pacte d'actionnaires plutôt que dans le contrat de travail qui a constitué un détournement de l'exigence d'une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence imposées aux salariés. Ainsi, la portée de cette jurisprudence demeure limitée aux salariés.

¹¹¹⁴ Cass. com., 9 oct. 2007, pouvoi n° 05-14118, inédit ; Comm. com. electr. n° 3, mars 2008, comm. 42, P. STOFFEL-MUNCK ; JCP 2007, II, 10211, note N. DISSAUX ; D. 2008, p. 388, note D. FERRIER ; Rev. Lamy dr. aff. déc. 2007, p. 40, note D. FERRÉ et E. DEBERDT ; Contrats, conc. cons., 2007, comm. n° 298, M. MALAURIE-VIGNAL ; RJDA, 4/2008, p. 355, chron. H. KENFACK.

a) La survie des clauses post-contractuelles en droit vietnamien

541. Principe de rétroactivité de la résolution (rappel). L'article 425-3 du Code civil vietnamien pose le principe que « le contrat résolu est réputé n'avoir produit aucun effet depuis sa conclusion ; les parties doivent procéder à la restitution de ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre ». L'effet rétroactif clairement prévu ne permet donc pas la survie des clauses post-contractuelles.

542. Il en va autrement en droit commercial qui permet aux parties de maintenir l'effet des obligations post-contractuelles en recourant à la clause de résolution partielle du contrat. Selon l'article 312 de la loi commerciale de 2005, la résolution partielle du contrat « s'entend de l'annulation d'une partie des obligations contractuelles. L'autre partie des obligations demeure valable ». La loi énonce en outre que « la résolution du contrat libère les parties de leurs obligations à compter de la conclusion du contrat. Elle n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des litiges ou aux droits et obligations des parties en cas de résolution »¹¹¹⁵. Il relève de ces dispositions qu'en présence d'une stipulation expresse, le franchisé est toujours tenu aux engagements de non-concurrence et de confidentialité nonobstant la résolution du contrat pour quelque cause que ce soit.

543. Cette disposition est nécessaire pour la protection du savoir-faire qui n'est pas susceptible d'être restitué à cause de son caractère immatériel. Lorsque l'exécution du contrat, bien que défectueuse, a donné lieu à la transmission des connaissances, l'application des dispositions prévues par la volonté des parties pour la période post-contractuelle est le meilleur moyen de protection. La résolution, avec son effet rétroactif, comme la nullité, ont beau remettre les choses en état. Une information échangée reste communiquée, seul un voyage dans le temps permettrait de faire comme si rien ne s'était passé. Il est donc logique que la loi commerciale impose le respect des engagements de confidentialité après la rupture du contrat pour quelque cause que ce soit. D'autant plus que la confidentialité n'a pas pour finalité d'interdire l'exercice d'une activité concurrente au créancier, mais uniquement de se

¹¹¹⁵ Art. 314.

réserver le monopole d'exploitation d'informations spécifiées. En conséquence cette interdiction ne nuit pas aux intérêts du débiteur, lequel s'oblige simplement à se taire.

544. Mais la survie de l'obligation de non-concurrence pourrait s'avérer injuste dans le cas où le franchiseur ne respecte pas ses obligations contractuelles : il ne communique pas de façon adéquate son savoir-faire au franchisé ou ne défend pas la marque contre les atteintes des tiers. La clause de non-concurrence épuise alors ses fondements. Le franchisé qui s'est acquitté d'un droit d'entrée et des redevances, peut demander la résolution du contrat pour obtenir la restitution des sommes versées. Dans cette hypothèse, bien que la clause ait été légalement formée et ayant pour fonction l'organisation de la période post-contractuelle, il ne serait pas logique de la maintenir. Il serait dès lors nécessaire de voir à qui est imputable la faute conduisant à la résolution du contrat pour maintenir ou anéantir la clause de non-concurrence. Si la résolution est prononcée pour faute du créancier de l'obligation, il n'y a aucune raison de maintenir son bénéfice. Le principe classique d'anéantissement doit reprendre ses droits.

b) La survie des clauses post-contractuelles en France

545. En France, le principe de cohérence en matière contractuelle ne permet pas à un contractant de faire résoudre le contrat et de l'invoquer (i). La Cour de cassation défend toujours son point de vue en dépit de nombreuses critiques doctrinales (ii).

i.) La cohérence contractuelle

546. L'article 1184 du Code civil français offre au créancier d'une obligation inexécutée une alternative : l'exécution forcée ou la résolution. L'emploi de l'injonction « ou » a ici un effet d'exclusion. Ne peut qu'être demandée ou bien l'exécution forcée, ou bien la résolution, mais jamais les deux en même temps. Faire le contraire c'est donner au créancier « le beurre et l'argent du beurre ».

Ce principe de cohérence en matière contractuelle guide la Cour de cassation concernant les effets de l'extinction rétroactive du contrat sur les stipulations à effet post-contractuel¹¹¹⁶. Après avoir affirmé qu'une partie ne pouvait tout à la fois invoquer les obligations de son cocontractant et se soustraire aux siennes propres¹¹¹⁷, la première chambre, tout comme la troisième¹¹¹⁸ de la Cour de cassation, a exclu la survie d'une clause de non-concurrence post-contractuelle après la résolution du contrat.

Ainsi, dans une espèce donnant lieu à un arrêt de la première chambre civile de la Haute Cour, un kinésithérapeute avait engagé une assistante pour une durée d'un an à compter d'une période d'essai de trois mois. Il était prévu que celle-ci s'interdit à toute concurrence à l'égard de son cocontractant pendant cinq ans après la fin du contrat dans une région déterminée. Constatant la concurrence de son assistante, le kinésithérapeute a assigné son assistante en résolution du contrat avec demande de dommages-intérêts et d'interdiction d'exercer l'activité. Les juges du fond lui ont donné satisfaction. Mais la Cour de cassation les a désavoués pour violation de l'article 1184 du Code civil en relevant que « M. F. ne pouvait prétendre qu'à l'allocation de dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non pas obtenir l'interdiction d'exercice de sa profession par Mme B. »¹¹¹⁹. Ce principe a été rappelé à plusieurs reprises par la Haute juridiction¹¹²⁰.

ii.) Propositions doctrinales

547. Cette jurisprudence a subi de nombreuses critiques des commentateurs qui militent pour la survie de certaines clauses post-contractuelles. Dans ses observations sur l'arrêt du 29 novembre 1989 suscité, M. SERRA estime que « lorsqu'on est en présence d'un contrat à

¹¹¹⁶ Ce principe impose à tout contractant d'agir de manière cohérente. Il lui interdit de changer trop brusquement d'avis, de revenir sur ses actes, et donc de décevoir l'attente légitime qu'il a réée par ses attitudes. Au Vietnam, une partie de la doctrine considère que ce principe n'est qu'un corollaire de la force obligatoire de la convention imposée par l'article 412 du Code civil. Cf. PHAM Hoang Giang, « Du principe de la liberté contractuelle au principe d'égalité » (Sự phát triển của pháp luật hợp đồng từ nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng đến nguyên tắc công bằng), Revue L'Etat et le Droit, n° 10, 2006 ; PHAN Chi Hieu « Perfectionnement du droit des contrats » (Hoàn thiện chế định hợp đồng), Revue Etudes Législatives, n° 4/2005. Tandis qu'en France nombre d'auteurs y voient un principe autonome. Pour une analyse approfondie, V. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. H. MUIR-WATT.

¹¹¹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 13 avr. 1988, pourvoi n° 86-18713, RTD civ., 1989, p. 743, obs. J. MESTRE.

¹¹¹⁸ Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 87-1408, Bull. 1989 III n° 134 p. 74 ; JCP 1990 II 21456, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; Defrénois, 1990, p. 360, obs. J.-L. AUBERT

¹¹¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1989, pourvoi n° 87-11473, Bull. 1989 I n° 365 p. 245 ; RTD civ., 1990, p. 473, obs. J. MESTRE.

¹¹²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, pourvoi n° 93-21728, Bull. civ. I, n° 118, p. 84 ; RJDA, 7/96, n° 882, p. 643 ; RTD civ., 1996, p. 906, note J. MESTRE ; D. 1997, som. com. p. 97, obs. critiques Y. SERRA.

exécution successive dont les effets se sont développés dans le temps et que la nature de ce contrat a permis à l'un des contractants d'établir des relations avec la clientèle appartenant à l'autre partie ou a conduit à confier à l'une des parties des éléments attractifs de clientèle [...], il ne paraît pas souhaitable que la résolution du contrat interdise toujours le jeu de la clause de non-concurrence prévue pour l'après-contrat »¹¹²¹. En commentant un arrêt du 6 mars 1996 de la Cour de cassation, M. CHAUVEL remarque, quant à lui, que « les clauses qui aménagent l'après-contrat – comme en l'espèce – doivent survivre : c'est leur fonction »¹¹²².

548. Autonomie. Selon CASEAU-ROCHE¹¹²³, la rétroactivité est fictive du point de vue objectivement scientifique. L'auteur observe que si le juriste est capable de faire table rase du passé contractuel, tel n'est pas le cas du débiteur qui garde le souvenir du contrat. L'exclusion des obligations post-contractuelles de la carte juridique n'est donc pas opportune. Mme PETEL¹¹²⁴ considère, quant à elle, que la résolution, qui affecte normalement la convention tout entière, laisse subsister par exception l'obligation de confidentialité car il est indispensable de continuer à imposer le secret jusqu'au terme fixé malgré la fin anticipée du contrat. De même, s'alliant aux avis des précurseurs¹¹²⁵ de l'après-contrat, M. CHENU¹¹²⁶ souligne que la clause de non-concurrence, qu'elle soit stipulée dans un contrat commercial ou dans un contrat de travail, possède une autonomie et doit être applicable nonobstant l'annulation du contrat dans lequel elle s'insère. Pour d'autres auteurs, la survie est envisageable parce que d'une part, la résolution concerne un contrat valablement formé. Le contrat est certes mis à néant à cause d'une inexécution, mais il n'y aurait pas de raison de ne

¹¹²¹ D. 1990, S.C. p. 336.

¹¹²² Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, Dr. et Patr. juin 1996, p. 95

¹¹²³ *Les obligations postcontractuelles*, op. cit., n° 245.

¹¹²⁴ *Les durées d'efficacité du contrat*, th. Montpellier I, 1984, p. 326.

¹¹²⁵ M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT, P. GRIGNON, *L'après contrat*, Editions Francis Lefebvre, 2005 ; S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. FOYER et M.-L. DEMEESTER, Dalloz, 2007 ; S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001 ; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, th. Dijon, 1912 ; J. MESTRE (sous la dir. de), *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1997. Pour une présentation des clauses se maintenant malgré l'extinction du contrat dans le domaine particulier de la propriété littéraire et artistique, v. G. BLANC-JOUVAN : *L'après contrat, Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. PUAM, 2003. M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. SERRA, Presse universitaire Perpignan 1999, spéc. n° 280 et s. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ., 1999, p. 800.

¹¹²⁶ *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010, n° 333.

pas appliquer les clauses légalement formées régissant les conséquences de cette fin du contrat¹¹²⁷. D'autre part, il est nécessaire de respecter la volonté des parties¹¹²⁸.

549. Généralisation échouée. Il a été admis que certaines clauses du contrat s'appliquent en dépit de la résolution. Il en va ainsi non seulement de la clause compromissoire¹¹²⁹, de clause attributive de compétence qui, en vertu de son autonomie, survit même à l'annulation du contrat, mais également de la clause pénale¹¹³⁰, de la clause de dédit¹¹³¹ et de la clause attributive de compétence¹¹³². Mais la tentation doctrinale de généraliser cette autonomie aux clauses de confidentialité et de non-concurrence n'a jamais obtenu satisfaction. Récemment, après avoir rappelé que la résolution du contrat emporte avec elle la clause limitative de responsabilité¹¹³³, la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel de ne pas avoir recherché « si le contrat de bail et le contrat de cession de fonds de commerce ne constituaient pas un ensemble contractuel indivisible, de sorte que l'anéantissement du premier à effet du 1^{er} août 2006 entraînait celui du second à cette même date »¹¹³⁴.

550. En définitive, le droit vietnamien laisse libres les parties d'aménager leur relation contractuelle. Faute de disposition spécifique, la validité des clauses de non-concurrence et de confidentialité s'apprécie au regard du droit commun des obligations. En France, la validité de la clause de confidentialité est rarement remise en cause. Il n'en est pas de même pour la clause de non-concurrence.

551. Le système prétorien français ne favoriserait pas, semble-t-il, l'obligation de non-concurrence qui entrave la liberté d'exercice, liberté à valeur constitutionnelle. C'est ainsi que

¹¹²⁷ Sur ce point : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 7e éd. 1999, n° 633 ; Y. PICOD, *J.-Cl. civil, Article 1134, contrats et obligations*, fasc. 11, n° 25.

¹¹²⁸ Sur ce point : C. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, préf. J. DEVEZE, n° 98 ; C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 714 et M. STORCK, *Article 1184*, J.-Cl. civil, fasc. 10, n° 165 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, 1998, p. 49, n° 16.

¹¹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *JCP* 1963. II. 13405, note B. GOLDMAN ; *D.* 1963, p. 545, note J. ROBERT ; *JDI* 1964, p. 82, note J.-D. BREDIN ; *RCDIP* 1963, p. 615, note H. MOTULSKY.

¹¹³⁰ Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 1994, pourvoi n° 91-19540, *Bull. civ.* III, n° 5.

¹¹³¹ Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1978, pourvoi n° 76-10145, *Bull. civ.* I, n° 241.

¹¹³² Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 1978, pourvoi n° 76-11237, *Bull. civ.* II, n° 13. Récemment : Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, *Dalloz Jurisprudence* 19 juillet 2010, obs. X. DELPECH.

¹¹³³ Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11630 ; *JCP* 2011, n° 3, 63, obs. P. GROSSER ; *RDC*, 1^{er} avr. 2011 n° 2, p. 431, obs. T. GENICON.

¹¹³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 7 juill. 2011, pourvoi n° 10-20628, inédit.

les tribunaux tendent aujourd'hui à se référer aux règles du droit de la concurrence de l'Union européenne pour réduire l'étendue temporelle de la clause de non-concurrence. Quant à la cause de la clause, la jurisprudence en matière de franchise n'est pas unanime sur le point de savoir en quoi consiste l'intérêt légitime à protéger.

S'il s'agit de la lutte contre le détournement de la clientèle, la solution¹¹³⁵ est paradoxale en ce sens qu'elle permet au franchiseur de protéger ce qui ne lui revient pas¹¹³⁶, privant ainsi le franchisé du droit d'exploiter l'élément le plus important du fonds de commerce dont il est propriétaire.

S'il s'agit de la protection du savoir-faire, il semble que la clause de confidentialité, avec le concours d'autres techniques contractuelles, pourrait suffire pour le franchiseur de se protéger du risque de divulgation et de concurrence déloyale de son ex-franchisé. Un auteur propose même d'interdire toute clause de non-concurrence en faveur de la clause de confidentialité parce que « les franchiseurs mobilisent la liberté contractuelle afin de restreindre la liberté du commerce ! C'est dès lors au nom d'une saine et vive concurrence qu'il y a lieu de libéraliser la fin de contrat : en supprimant les clauses de non-concurrence ou de non-affiliation au profit de simples clauses de confidentialité »¹¹³⁷.

Le souci d'être au juste milieu inciterait peut-être le franchiseur de recourir à d'autres techniques moins contraignantes, telles que la non-réaffiliation¹¹³⁸ et la non-sollicitation de la clientèle¹¹³⁹.

¹¹³⁵ Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, préc. La Cour a en effet reconnu au franchisé le droit à la clientèle et admis en même temps la validité de la clause de non-concurrence qui lui interdit d'exploiter cette même clientèle.

¹¹³⁶ Pour des observations critiques, voir notamment E. GASTINEL, art. préc. p. 198.

¹¹³⁷ M. BEN SOUSSEN, « Franchise et concurrence : il y a urgence législative ! », Fr. Mag, févr. 2011. Dans le même sens : N. CASTAGNON, « Clauses de non-concurrence : l'Autorité de la Concurrence enfonce le clou », Fr. Mag 9 déc. 2010.

¹¹³⁸ Dans un arrêt du 31 janv. 2007 (RG n° 06/7909), la Cour d'appel de Versailles a précisé que « la clause de non-réaffiliation présente un caractère spécifique qui la différencie de la clause de non-concurrence en ce qu'elle ne vise pas à interdire au franchisé d'exercer toute activité pendant une durée déterminée et dans un espace donné mais préserve au contraire la possibilité pour celui-ci de maintenir son activité sans le recours à une enseigne de renommée concurrente dans une limite de temps et d'espace ». La clause de non-réaffiliation imposée à un franchisé est donc moins restrictive puisqu'elle n'interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique mais se borne à restreindre la liberté d'affiliation à un autre réseau. La clause est valide dès lors qu'elle se trouve limitée dans le temps et dans l'espace : Cass. com., 17 janv. 2006, pourvoi n° 03-12382, Bull. civ. IV, 2006, n° 9, p. 8 ; D. 2006. AJ 498, obs. CHEVRIER ; JCP E 2006, n° 27-28, p. 1216, obs. RAYNARD ; Contrats, conc. cons., 2006, n° 67, note M. MALAURIE-VIGNAL ; LPA 13 nov. 2006, obs. BACCICHETTI. Toutefois, certaines décisions ont eu tendance à assimiler la clause de non-affiliation à la clause de non-concurrence, étendant ainsi les critères de validité de la seconde à la première, notamment celui de la protection d'un savoir-faire substantiel et original (Cass. com., 10 janv. 2008, Contrats, conc. cons., 2008, n° 71, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Lettre distrib. févr. 2008, p. 2 ; CA Rennes, 23 mars 2004, JCP E 2005, n° 11, p. 474, obs. RAYNARD ; Lettre distrib. nov. 2004, p. 3 ; CA Caen, 29 sept. 2005, JCP E 2006, n° 27-28, p. 1216, obs. RAYNARD ; Contrats, conc. cons., 2006, n° 132, note M. MALAURIE-VIGNAL ; CA Paris, 25 févr. 2010, Contrats, conc. cons., 2010, n° 209, note M. M. MALAURIE-VIGNAL). Récemment, la Haute

Conclusion du chapitre II

552. L'analyse comparative a permis de conclure que la communauté forgée par la durée des relations peut être mise en danger ou même brisée, tant en France qu'au Vietnam, par plusieurs événements : l'arrivée du terme contractuel sans qu'aucune des parties ne souhaite le renouveler, la survenue d'une faute rompant l'économie du contrat ou encore la rupture anticipée de celui-ci en l'absence même de toute faute. Compte tenu de la parenté des deux codes civils, les solutions qui en découlent pour la question de rupture du contrat sont souvent convergentes. Mais la franchise est un contrat spécial qui est également régi par les dispositions commerciales. Lorsque ces dernières s'appliquent, les solutions sont souvent divergentes selon les pays. Il serait opportun de rappeler ici les grandes convergences et divergences.

553. Rupture du contrat par faute. Le contrat de franchise est conclu pour la réalisation d'une œuvre commune. La recherche d'un intérêt égoïste méconnaissant l'intérêt commun constitue souvent la raison pour laquelle la victime met fin au contrat. Les droits communs des obligations des deux pays sont sur une même ligne : la faute grave commise par un contractant ouvre droit à la résiliation ou la résolution à la victime en dépit de l'absence de stipulation contractuelle en ce sens. La solution est différente si la faute est dérisoire et que le contrat n'y donne aucune solution. L'incohérence entre les différentes dispositions de la loi commerciale de 2005 met un doute sur la possibilité pour la victime de résilier unilatéralement le contrat. La résiliation avec mise en demeure admise par la jurisprudence française semble la meilleure solution. Elle mérite d'être transposée au droit vietnamien.

juridiction a tranché la question en retenant 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 ». Cf. Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 09-13888, Bull. 2010, IV, n° 145 ; RDC 1^{er} déc. 2010 n° 11, p. 4, obs. G.-C. DOROTHÉE ; RDC, janv. 2011, n° 1, p. 187, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. La clause de non-réaffiliation a donc un objet beaucoup moins large que la clause de non-concurrence : elle ne fait qu'interdire une modalité d'exercice de la concurrence. Elle n'engendre pas « le traumatisme de devoir cesser « son » activité à l'issue du contrat ». Cf. E. GASTINEL, art. préc. p. 198. Les juges du fond ont même validé dans un même contrat une clause de non-réaffiliation et annulé une clause de non-concurrence. Cf. CA Douai, 15 oct. 2001, RJDA 7/2002, n° 757 ; D. 2002, Somm. 3005, obs. D. FERRIER.

¹¹³⁹ Celle-ci n'interdit pas l'exercice de toute activité concurrente mais prohibe les démarches de son débiteur pour solliciter la clientèle du créancier, et uniquement celle de celui-ci.

554. Rupture du contrat en l'absence de faute. Les deux droits se rejoignent sur le principe que les parties sont libres de contracter et de ne pas contracter ou de ne plus contracter. Une partie peut quitter le théâtre contractuel à tout moment à condition toutefois de respecter un préavis.

Le droit vietnamien laisse libres les parties de fixer la durée du préavis et les modalités de la mise en œuvre de la rupture. Force est toutefois de constater qu'étant un contrat d'adhésion, le contrat de franchise ne traduit pas cette liberté du franchisé. Ce dernier n'a en réalité le droit que d'accepter l'aménagement de la rupture de la relation contractuelle proposé par le franchiseur. Le risque de comportements égoïstes est donc latent.

Il n'en va pas de même en France qui possède un dispositif imposant à l'auteur de la rupture de respecter un préavis raisonnable, lequel doit être fixé en tenant compte notamment de la durée de la relation. En cas de litige, le juge est doté d'un pouvoir souverain dans l'appréciation de la durée du préavis. Il ne suffit pas pour un franchiseur français d'octroyer un préavis, encore faut-il que celui-ci soit suffisant pour permettre à son franchisé d'organiser sa reconversion. La prise en considération de l'intérêt de son partenaire est ici une suite logique de la loyauté contractuelle¹¹⁴⁰. Dès lors, le préavis doit être conçu pour permettre au franchisé de prendre ses dispositions, de bloquer ses ordres de commandes, de modifier sa stratégie, bref de minorer son préjudice. On ne peut que souhaiter la transposition de ce dispositif en droit vietnamien.

555. Quant aux conséquences de la rupture du contrat, les deux systèmes de droits ne donnent pas les mêmes solutions. Au Vietnam, la résolution anéantit tant l'avenir que le passé contractuels, alors que la résiliation n'a d'effet que pour le futur. La rétroactivité de la résolution s'avère inappropriée lorsque l'exécution du contrat a généré des profits attendus aux deux parties. Il serait souhaitable d'admettre la dualité d'effets : la résolution est privée d'effet rétroactif lorsque le contrat a procuré au créancier les avantages attendus, elle a un effet rétroactif lorsque les prestations effectuées n'ont rien apporté au créancier. Cette appréciation permettra d'écarter les tentatives de recourir à la résolution non pas pour sanctionner une inexécution mais plutôt pour échapper à des clauses dont l'exécution est jugée inopportune par l'auteur de la rupture.

¹¹⁴⁰ M. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat, op.cit.*, p. 101.

556. Obligations post-contractuelles. Différentes dispositions du droit positif vietnamien régissent la relation post-contractuelle entre le franchiseur et le franchisé. La diversité de sources pourrait conduire à la divergence de solutions, notamment quant aux effets des obligations post-contractuelles en cas de rupture extraordinaire du contrat de franchise. Ainsi, en matière de confidentialité du savoir-faire, l'article 287 de loi commerciale vietnamienne maintient la validité de l'engagement de confidentialité incombant au franchisé à l'expiration du contrat quelle que soit sa cause, alors que cet engagement doit disparaître avec la résolution si l'article 425 du Code civil s'applique. Quant à la clause de non-concurrence, aucune disposition du droit positif vietnamien ne la régleme de façon spécifique. Elle ne doit qu'obéir aux dispositions du Code civil. La jurisprudence vietnamienne a admis la clause de non-concurrence incombant au salarié sans qu'aucune contrepartie financière ne lui ait été donnée par l'employeur. Le droit vietnamien est donc plus libéral que le droit français. Or, force est de constater que la clause de non-concurrence ne vise qu'à satisfaire l'intérêt propre du franchiseur tout en exposant le franchisé à des risques importants. La solution française est plus protectrice en ce sens que la non-concurrence doit respecter les limites temporaire et géographique et se justifier par un intérêt légitime à protéger eu égard à l'objet du contrat. Elle mérite pleinement d'être transposée au droit vietnamien.

Conclusion du titre second

557. Tout au long de ce Titre, il a été démontré que pendant l'exécution du contrat de franchise, plusieurs événements pouvaient favoriser la divergence entre les intérêts des contractants. Tel est notamment le cas lorsque l'un souhaite maintenir la relation contractuelle, tandis que l'autre veut quitter le théâtre contractuel. Le conflit d'intérêts se manifeste clairement en matière de cession et de rupture du contrat de franchise.

558. Cession de contrat. Lorsque la continuation de la franchise s'avère inopportune, notamment à cause des nécessités de restructuration de son entreprise, le franchiseur ou le franchisé pourrait céder son contrat. L'analyse comparative a montré que les solutions données par les droits positifs des deux pays n'étaient pas les mêmes. En effet, en droit français, la cession peut être opérée par tous les contractants, alors qu'en droit vietnamien, seul le franchisé peut céder le contrat. L'analyse de la jurisprudence française a démontré qu'il est nécessaire de reconnaître le droit de cession de contrat au franchiseur. Celui-ci est également confronté à des besoins de restructuration de son entreprise, ce qui aurait pour corollaire la transmission totale de son patrimoine, dont le contrat de franchise.

Quant aux modalités de la mise en œuvre de la cession, le contrôle du droit de refus n'est pas non plus le même dans les deux pays. En France, le juge est souverain dans le contrôle d'agrément, d'où la diversité des critères d'appréciation¹¹⁴¹, alors que l'opposition du franchiseur vietnamien à la cession faite par son franchisé doit se baser sur les critères objectifs établis par la loi.

559. Rupture de contrat. Il est de règle générale dans les deux pays que le contrat de franchise peut être rompu lorsqu'une faute grave est survenue rendant inopportune l'exécution

¹¹⁴¹ Pour la Cour de cassation, le refus d'agrément doit être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde des intérêts commerciaux légitimes et fondé sur un examen équitable et soigneux conforme aux engagements contractuels. Cf. Cass. com., 2 juill. 2002, pourvoi n° 01-12685, Bull. 2002, IV n° 113 p. 122 ; D. 2003, p. 93, note D. MAZEAU ; RTD civ. 2002. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2002. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; JCP, 5 févr. 2003, p. 247, note D. MAINGUY ; LPA 3 juill. 2003, n° 132, p. 30, note M. MALAURIE-VIGNAL. Pour la Cour d'appel de Paris, le franchiseur ne peut s'opposer à la cession du contrat opérée par le franchisé dès lors que celui-ci se trouve dans la nécessité de restructuration de son entreprise et que cette opération est bénéfique pour la continuation du contrat. Cf. CA Paris, 5^{ème} A, 25 janv. 1995, sté Polyfilla c/St Consortium SPSA, RJDA 1995, n° 1089.

du contrat. Des divergences entre les deux droits ont été relevées quant aux modalités de la rupture, leur mise en œuvre et leurs conséquences.

Il y a eu également lieu de noter que le contrat de franchise, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, peut être rompu en l'absence de toute faute. Sur ce dernier point, le droit français s'avère plus élaboré que le droit vietnamien, en ce sens qu'il impose à l'auteur de la rupture d'une relation commerciale établie de respecter un préavis suffisant. Lorsqu'il est saisi, le juge français est souverain dans l'appréciation du caractère raisonnable du délai du préavis, alors que son homologue vietnamien doit se borner à constater le respect du délai contractuellement prévu.

Conclusion de la seconde partie

560. Les intérêts des parties au contrat de franchise peuvent être divergents non seulement pendant l'exécution du contrat, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les exclusivités, mais également et surtout lorsqu'un élément survient mettant en cause la continuation de la relation contractuelle. L'analyse comparative des deux droits français et vietnamiens a montré que le contrat de franchise était un terrain permettant à chaque contractant de tirer son propre intérêt. Titulaire d'un concept, le franchiseur peut imposer à son franchisé un certain nombre d'obligations telles que l'exclusivité territoriale et l'exclusivité d'approvisionnement.

Certaines dispositions du droit positif vietnamien ont permis de conclure que dans la poursuite de leurs intérêts particuliers, le franchiseur et le franchisé doivent respecter la bonne foi. Restant malheureusement sommaire, ce dernier ne permet pas de prévenir, ni de sanctionner des comportements égoïstes susceptibles de naître du droit discrétionnaire du franchiseur dans la détermination des exclusivités et du préavis pour la rupture du contrat. Nombre d'enseignements tirés de la jurisprudence française semblent permettre de combler ce vide législatif. Il s'agit du contrôle de la détermination du prix des marchandises soumises à l'exclusivité d'approvisionnement et du prix de revente des mêmes marchandises. Il s'agit également du contrôle de la détermination de l'exclusivité territoriale, notamment en matière de vente en ligne. Il s'agit enfin du contrôle du motif de la cession et du délai de préavis pour rupture du contrat de franchise. Ces contrôles sont certes assujettis à des discussions dans la mesure où ils dépendent de la subjectivité du juge, ce qui semble contraire à la théorie de l'autonomie contractuelle selon laquelle il faut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques. Mais il peut arriver que la volonté soit absente à cause d'un simple oubli, ou parce qu'il est impossible aux parties d'exprimer leur volonté sur certains éléments¹¹⁴² du contrat au moment de sa formation. Il se peut également que la volonté soit exprimée de façon floue. Dans de telles hypothèses, l'intervention du juge s'avère nécessaire pour rétablir l'équilibre contractuel. Notons également que le contrat n'est pas toujours l'œuvre commune des parties dans laquelle elles peuvent librement exprimer leur volonté¹¹⁴³. Le contrat de franchise est rédigé par le franchiseur et accepté comme tel par le franchisé. Le premier établit seul les obligations mentionnées dans le contrat, le second n'a

¹¹⁴² Tels que la quantité de marchandises et leur prix. La doctrine n'a pas manqué de relever que le contrat de franchise est nécessairement incomplet. *Supra*, n° 335 et s.

¹¹⁴³ *Supra*, n° 296 et s.

qu'à les accepter. Le contrôle judiciaire constitue alors un moyen dissuasif en ce sens que le juge peut intervenir postérieurement pour sanctionner des abus. Dans l'exercice de ses droits discrétionnaires, le franchiseur doit respecter certaines limites, au risque d'être sanctionné par le juge.

Conclusion générale

*Les intellectuels démontent le visage pour l'expliquer par morceaux,
mais ils ne voient plus le sourire.*

Saint-Exupéry, *Pilote de guerre-1942*

Tout au long de cette recherche, il s'agissait de démontrer que le contrat de franchise était basé sur un intérêt commun : l'exploitation par le franchisé d'une clientèle attachée à la marque du franchiseur. Il a été montré que le même contrat est également confronté à des intérêts particuliers.

561. Intérêt commun. L'intérêt commun dans la franchise se traduit par une convergence d'intérêts en ce sens que le franchiseur et le franchisé nouent leur relation en vue du développement d'une clientèle commune. Cette qualification d'intérêt commun a pour conséquence que le franchiseur doit non seulement mettre à la disposition de son franchisé une marque, sinon notoire du moins connue, lui communiquer un savoir-faire secret et substantiel, lui donner une assistance continue, mais encore travailler à la valorisation de ces biens mis au service de l'intérêt commun. Le franchisé, quant à lui, outre le versement des droits d'entrée et des redevances, doit collaborer étroitement avec son franchiseur, non seulement dans la protection et la valorisation de la marque, mais encore dans l'actualisation du savoir-faire. Une fois réussies, ces opérations permettront d'augmenter le chiffre d'affaires du franchisé et, par conséquent, le montant de redevances perçues par le franchiseur.

562. Intérêts particuliers. En dépit de l'intérêt commun qui réside dans le cœur de la franchise, ce contrat, comme tout autre, reste un terrain permettant à chacune des parties d'en tirer un profit qui lui est propre. Une deuxième partie de ce travail lui a été alors consacré. La divergence d'intérêts a été mise en exergue par l'analyse du rapport d'intérêts du franchiseur et du franchisé dans la détermination des exclusivités territoriale et d'approvisionnement. Elle a été également clarifiée par l'examen des points de vue du franchiseur et du franchisé lorsqu'un événement survient mettant en cause le contrat. Pendant l'exécution du contrat de

franchise, bien qu'associés à une œuvre commune qui consiste à exploiter une clientèle, les parties ne partagent pas toujours le même point de vue. Tel est le cas lorsqu'une partie souhaite céder le contrat alors que l'autre juge cette cession contraire à son intérêt. Il en va de même dans l'hypothèse où l'un cherche à satisfaire son propre intérêt en violant les obligations qui lui incombent. Plusieurs enseignements ont été tirés de la comparaison des deux droits français et vietnamien. Il serait superflu de les rapporter ici. Il semble toutefois opportun de retenir un enseignement important : le droit vietnamien met en exergue l'autonomie contractuelle selon laquelle les parties sont libres d'aménager leur contrat sans qu'aucune intervention du juge ne soit nécessaire, alors que ce n'est pas souvent le cas en droit français. Le juge français n'a pas manqué de contrôler les clauses abusives pour rétablir l'équilibre contractuel. L'analyse du droit prétorien français en matière de franchise a débouché sur une intervention nécessaire du juge dans le rééquilibrage de la justice contractuelle. Cela mérite d'être transposé au droit vietnamien.

563. Interdépendance. Enfin, souligner l'intérêt commun et traiter en même temps la divergence d'intérêts, était un travail qui a permis de mettre en exergue l'interdépendance contractuelle¹¹⁴⁴. Cette dernière connaît pour le moment peu d'écho dans le monde du droit. L'idée de l'interdépendance est pourtant fort ancienne. Le bouddhisme enseigne que toutes les choses de notre univers, y compris nos émotions et nos pensées, n'existent que les unes par rapport aux autres. L'interdépendance des phénomènes fait que rien ne peut exister de façon autonome et être sa propre cause. Un objet ne peut être défini qu'en termes d'autres objets et n'exister qu'en relation avec d'autres entités¹¹⁴⁵.

Cette idée d'interdépendance bouddhique a connu des résonances dans la science fondamentale. La science parle de « l'effet papillon »¹¹⁴⁶, de l'interdépendance de quatre

¹¹⁴⁴ Sur cette théorie, V. S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II : 2001, spéc. n° 613 ; S. PELLE, *La notion de l'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, th. Paris II, Dalloz 2007.

¹¹⁴⁵ Pour un dialogue entre un bouddhiste et un scientifique sur ce sujet, v. M. RICARD et TRINH Xuan Thuan, *L'infini dans la paume de la main. Le moine et l'astrophysicien*, Nil/Fayard 2000, traduit en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu, sous l'intitulé « Cái vô hạn trong lòng bàn tay », éd. Trê, 2005.

¹¹⁴⁶ L'« effet papillon » est une expression qui résume une métaphore concernant le phénomène fondamental de sensibilité aux conditions initiales en théorie du chaos. Edward Lorenz, le père fondateur de la théorie, l'a exposée en s'interrogeant : « Un simple battement d'ailes d'un papillon peut-il déclencher une tornade à l'autre bout du monde » et a fini par une réponse positive parce que tous les phénomènes sont interdépendants. Pour une vue d'ensemble sur la théorie du chaos, v. J. GLEICK, *Chaos: Making a New Science*, traduit en français par C. JEANMOUGIN sous l'intitulé « *La théorie du chaos. Vers une nouvelle science* », Champs Flammarion, 1988 et en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu, sous l'intitulé « *Từ hiệu ứng con bướm đến lý thuyết hỗn độn* », éd. Trê, 2011.

éléments de base « matière-énergie-espace-temps »¹¹⁴⁷ qui constituent notre univers. Les économistes, quant à eux, ont appliqué l'interdépendance dans plusieurs situations pour optimiser l'efficacité économique. John Nash a été récompensé en 1994 par le prix Nobel d'économie pour avoir démontré qu'Adam Smith « s'était trompé »¹¹⁴⁸. L'auteur a démontré que, dans un groupe, pour obtenir une efficacité maximale, chaque individu doit certes se préoccuper de son propre intérêt, mais cela n'est pas suffisant. Encore faut-il que chaque membre du groupe s'occupe à la fois de son intérêt personnel et de celui du groupe entier. Ainsi, le tout apparaît comme un ensemble complexe irréductible à la somme de ses éléments constitutifs. Il est même plus important que l'addition de ses composantes. D'autres auteurs ont appliqué l'interdépendance dans ce qu'ils appellent la méthode de six Sigma¹¹⁴⁹.

Il semble que l'interdépendance peut trouver son application également dans le droit. Il a été souligné que la franchise était un système amplificateur du succès comme de l'échec. À côté d'une interdépendance contractuelle dans la mesure où le contrat cadre de franchise est souvent annexé à plusieurs contrats d'accessoire ou contrats d'application, il y a une autre interdépendance, plus importante et pourtant ignorée par la doctrine, c'est l'interdépendance des parties dans la survie de leurs affaires. Dans le réseau de franchise, chaque partenaire est affecté par le bon ou mauvais comportement des autres. Si un franchisé mène son entreprise sans assurer la réitération fidèle du système franchisé, en rompant avec les standards d'image et de qualité, il porte atteinte à tout le réseau et compromet l'intérêt du franchiseur et de ses collègues franchisés. La qualification d'« interdépendance organisatrice »¹¹⁵⁰ entre les membres qui composent le réseau est alors nécessaire à la sauvegarde du réseau lui-même. La prise de conscience de cette dépendance réciproque devrait guider le comportement en réseau. Elle permettrait de remédier aux faiblesses de la conception solidariste¹¹⁵¹ qui est, comme un

¹¹⁴⁷ Sur ce point, v. TRINH Xuan Thuan, *Origines : La nostalgie des commencements*, éd. Fayard, 2006, traduit par PHAM Van Thieu et NGO Vu, sous l'intitulé « *Nguồn gốc : Nỗi hoài niệm về những thuở ban đầu* », éd. Trê, 2008. Et du même auteur : *Le dictionnaire amoureux du ciel et des étoiles*, éd. Plon/Fayard 2009, traduit en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu, sous l'intitulé « *Từ điển yêu thích bầu trời và các vì sao* », éd. Tri Thức.

¹¹⁴⁸ Père de la théorie de « la main invisible » selon laquelle il suffit que chaque individu poursuive son intérêt personnel pour concourir collectivement à l'intérêt général.

¹¹⁴⁹ Six Sigma est une marque déposée de Motorola désignant une méthode structurée de management visant à une amélioration de la qualité et de l'efficacité des processus. La méthode Six Sigma a d'abord été appliquée à des procédés industriels avant d'être élargie à tous types de processus, notamment administratifs, logistiques, commerciaux et d'économie d'énergie. Depuis le début des années 2000, elle connaît un grand essor en raison de la complexité des organisations et de l'internalisation des processus qui imposent une vision globale des problèmes. Pour une application aux marchés financiers, v. par ex. Y. H. KOBESSI, *Marchés fractals : stratégies d'investissements*, th. Paris 9, 2001.

¹¹⁵⁰ Terme proposé par L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, th. Paris, 1994, LGDJ, 1995, p. 278.

¹¹⁵¹ V. par ex. A.-S. COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, th. Bourgogne, 2003, Litec 2006 ; C. JAMIN, « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », 9^{ème} Conférence Albert-Mayrand, Éd. Thémis,

auteur l'a remarqué, « trop centrée sur les convergences contractuelles des parties au contrat, omettant les points de divergence, que l'analyse économique du contrat souligne, par exemple avec la théorie de l'agence ou de l'inexécution efficace »¹¹⁵².

En scrutant les droits positifs français et vietnamien, on a eu l'occasion de pressentir cette idée de l'interdépendance. Ces droits imposent le partage des éléments permettant la réitération du concept de franchise, l'échange d'informations, la collaboration, l'assistance, le respect des normes, la bonne foi, la confiance mutuelle, voire le partage de responsabilité¹¹⁵³. Si les législateurs imposent ces obligations, n'est-ce pas parce qu'elles sont nécessaires à la réalisation d'une œuvre commune dont dépendent les parties ? Un pan du droit de la franchise au Vietnam a été construit en ce sens. Notons qu'il reste sommaire. Un second pan est alors à construire. Dans cette perspective, il y a eu lieu de constater qu'en France, la jurisprudence et la doctrine jouent un rôle très important dans la construction du droit, ce qui n'est pas toujours le cas au Vietnam où cette mission est confiée, semble-t-il, au seul législateur. Le rôle du juge n'y est que d'interpréter la loi. L'apport de la doctrine reste limité, les arrêts étant rarement publiés. S'il y en a quelques-uns, les auteurs vietnamiens n'ont pas encore l'habitude de les commenter¹¹⁵⁴. Cela explique pourquoi les ouvrages sur la franchise sont sommaires, limités dans la présentation de ses avantages et inconvénients. C'est ainsi que l'attention a été focalisée sur l'analyse de la jurisprudence française, très abondante, en matière de franchise, pour voir de plus près la franchise telle qu'elle est conçue, pratiquée et jugée. Cette démarche s'est avérée fructueuse en débouchant sur des solutions concrètes au droit vietnamien qui est en pleine évolution.

2005 ; D. MAZEAU, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Mél. François TERRÉ, Dalloz 1999, p. 603 et s. ; L. GRYNBAUM, « Le solidarisme contractuel en pratique : un statut pour les entrepreneurs soumis à un contrat d'intégration », RDC, oct. 2007, n° 4, p. 1361.

¹¹⁵² Par ex. P. GARRELLO, « Les économistes et le contrat », mél. MOULY, t. 1, Litec, 1998, p. 37.

¹¹⁵³ Cass. com., 21 mai 1997, pourvoi n° 95-17743, Bull. civ. II, n° 158. La Cour a approuvé les juges du fond en retenant que l'implantation de la station était la conséquence de la légèreté des études effectuées par le franchiseur. Il en a été déduit que le franchiseur avait commis une faute engageant sa responsabilité quasi-délictuelle envers les voisins. Celui-ci a été alors condamné *in solidum* à une indemnisation pour les deux tiers.

¹¹⁵⁴ On ne peut que saluer le courage de M. DO Van Dai qui, avec DINH Xuan Trinh ..., est le pionnier dans ce travail. Le premier est l'auteur de plusieurs ouvrages sur ce sujet, à savoir *Recueil des sentences arbitrales et des décisions tribunaux en matière d'arbitrage commercial au Vietnam* (éd. Lao động, 2010) ; *Recueil des arrêts en matière de procédures civiles* (éd. Lao động, 2010) ; *Le droit du contrat vietnamien - Arrêts et leurs commentaires* (3^{ème} éd. Chính trị quốc gia, 2011) ; *Le droit de l'héritage vietnamien - Arrêts et leurs commentaires* (éd. Chính trị quốc gia, 2011) ; *Le droit de responsabilité délictuelle vietnamien - Arrêts et leurs commentaires* (éd. Chính trị quốc gia 2010) ; *Le droit vietnamien des obligations et des sûretés - Arrêts et leurs commentaires* (éd. Chính trị quốc gia, 2012).

Annexes

Annexe 1

Loi commerciale n° 36/2005/QH11 du 14 mars 2005

(traduite par l'auteur)

(extrait)

SECTION XVI. DE LA FRANCHISE

Article 284. Définition

La franchise s'entend d'une activité commerciale par laquelle une personne nommée franchiseur autorise une autre personne nommée franchisé à effectuer en son propre nom la vente de marchandises ou la prestation de services dans les conditions suivantes:

1. La vente de marchandises ou la prestation de services par le franchisé doit être effectuée selon les modalités fixées par le franchiseur, en utilisant la marque, le nom commercial, le savoir-faire, le slogan commercial, l'enseigne commerciale et les moyens publicitaires du franchiseur ;
2. Le franchiseur a le droit de contrôler et d'aider le franchisé dans la gestion de ses activités commerciales.

Article 285. Contrat de franchise

Le contrat de franchise doit être établi sous forme écrite ou sous une autre forme ayant la même valeur juridique qu'un écrit.

Article 286. Droits du franchiseur

Sauf convention contraire des parties, le franchiseur a les droits suivants:

1. Recevoir une rémunération au titre de la franchise;
2. Faire la publicité en faveur du concept de la franchise et des réseaux de franchise;
3. Effectuer des contrôles périodiques ou fortuits sur les activités du franchisé en vue d'assurer la pérennité du concept de la franchise et de la qualité des marchandises ou des services fournis.

Article 287. Obligations du franchiseur

Sauf convention particulière des parties, le franchiseur a les obligations suivantes:

1. Fournir au franchisé les documents explicatifs sur le concept de la franchise ;
2. Organiser une formation initiale et fournir une assistance technique régulière en faveur du franchisé, de manière à permettre à ce dernier d'exercer ses activités en conformité avec le concept de la franchise ;
3. Prendre en charge la conception et l'emplacement des points de vente ou de prestation de service, aux frais du franchisé ;

4. Garantir son droit de propriété intellectuelle faisant l'objet du contrat de franchise ;
5. Assurer un traitement non discriminatoire à l'égard des franchisés dans le réseau de franchise.

Article 288. Droits du franchisé

Sauf convention particulière des parties, le franchisé a les droits suivants :

1. Demander au franchiseur de lui fournir l'assistance technique nécessaire concernant le concept de la franchise ;
2. Demander au franchiseur de lui accorder un traitement égal à celui accordé aux autres franchisés dans le réseau de franchise.

Article 289. Obligations du franchisé

Sauf convention particulière des parties, le franchisé a les droits suivants :

1. Payer au franchiseur une rémunération au titre de la franchise et d'autres sommes prévues dans le contrat de franchise;
2. Préparer des infrastructures, des ressources financières et humaines nécessaires en vue de recevoir les droits et le savoir - faire qui lui sont transférés par le franchiseur;
3. Se soumettre au contrôle et aux instructions du franchiseur, ainsi qu'aux exigences de ce dernier quant à la conception et à l'emplacement des points de vente ou de prestation de services ;
4. Garder la confidentialité du savoir-faire qui lui a été concédé, même si le contrat de franchise a pris fin;
5. Cesser l'utilisation de la marque, du nom commercial, du slogan, de l'enseigne et, le cas échéant, d'autres droits de propriété intellectuelle, ou du concept élaboré par le franchiseur à l'expiration du contrat de franchise ;
6. Gérer ses activités dans le respect du concept de la franchise ;
7. Ne pas sous-franchiser sans l'accord préalable du franchiseur.

Article 290. Sous-franchise

1. Le franchisé peut sous-franchiser à un tiers (appelé le sous-franchisé) avec l'accord préalable du franchiseur.
2. Le sous-franchisé a les mêmes droits et obligations que le franchisé, tels qu'ils sont définis aux articles 288 et 289 de la présente loi.

Article 291. Enregistrement de la franchise

1. Le commerçant franchiseur doit procéder à l'enregistrement de la franchise auprès du Ministère du commerce, préalablement à la franchise.
2. Le Gouvernement est chargé de préciser les conditions d'exercice de franchise et les formalités de son enregistrement.

CHAPITRE VII

SANCTIONS ET RÈGLEMENT DES LITIGES EN MATIÈRE COMMERCIALE

SECTION 1

SANCTIONS EN MATIÈRE COMMERCIALE

Article 292. Typologie de sanctions

1. Exiger de l'autre partie l'exécution du contrat;
2. Demander une pénalité;
3. Demander des dommages-intérêts;
4. Suspendre le contrat;
5. Résilier le contrat;
6. Résoudre le contrat.
7. Autres sanctions convenues par les parties, à condition que lesdites sanctions ne soient contraires aux principes fondamentaux du droit vietnamien, aux conventions internationales dont la République socialiste du Vietnam est membre et aux usages commerciaux internationaux.

Article 293. Recours aux sanctions en cas de contravention non fondamentale

Sauf convention contraire, la partie victime d'une contravention non substantielle ne peut ni suspendre, ni résilier, ni résoudre le contrat.

Art 294. Exonération

1. La partie qui commet une contravention au contrat est exonérée de sa responsabilité:
 - a) Lorsqu'il s'est produit l'événement exonératoire de responsabilité convenu par les parties;
 - b) Lorsqu'il s'est produit la force majeure;
 - c) Lorsque cette contravention est totalement due à la faute de l'autre partie;
 - d) Lorsque cette contravention résulte de l'observation d'une décision de l'autorité publique compétente que les parties ne pouvaient connaître au moment de la conclusion du contrat.
2. La partie qui commet la contravention doit fournir les preuves lui permettant de bénéficier d'une exonération de sa responsabilité.

Article 295. Information et constatation des événements exonératoires de responsabilité

1. La partie qui commet une contravention au contrat doit informer sans retard et par écrit, l'autre partie de l'événement exonératoire de responsabilité et des conséquences éventuelles qui en résultent.
2. Lorsque l'événement exonératoire de responsabilité prend fin, la partie en défaut doit en informer sans délai l'autre partie, sous peine de dommages-intérêts.

3. La partie en défaut doit fournir les preuves lui permettant de bénéficier d'une exonération de sa responsabilité.

Article 296. Prorogation des délais, refus d'exécution du contrat en cas de force majeure

1. En cas de force majeure, le délai d'exécution des obligations peut être prorogé d'un commun accord entre les parties; à défaut de cet accord, il est prorogé de la durée dans laquelle il s'est produit la force majeure et d'un délai raisonnable pour remédier aux conséquences qui en résultent, sans toutefois excéder :
 - a) 5 mois si le délai convenu de livraison des marchandises ou de prestation des services est égal ou inférieur à 12 mois à compter de la conclusion du contrat;
 - b) 8 mois si le délai convenu de livraison des marchandises ou de prestation des services est supérieur à 12 mois à compter de la conclusion du contrat.
2. Après l'expiration des délais prévus au paragraphe 1 du présent article, les parties peuvent refuser d'exécuter le contrat et aucune des parties ne peut demander à l'autre des dommages - intérêts.
3. Dans un délai n'excédant pas 30 jours à compter de l'expiration de l'un ou de l'autre des délais prévus au paragraphe 1 du présent article, la partie qui refuse d'exécuter le contrat doit en avertir l'autre avant que ce dernier commence à exécuter ses obligations.
4. La prorogation du délai d'exécution des obligations prévue au paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas aux contrats de vente de marchandises ou de prestation de services qui prévoient un délai fixe pour la livraison des marchandises ou la prestation des services.

Article 297. Demande d'exécution en nature

1. La demande d'exécution en nature s'entend du fait que la partie victime de la contravention au contrat exige de la partie en défaut, l'exécution conforme au contrat ou a le droit de recourir à une autre sanction pour obtenir l'exécution du contrat. La partie en défaut en supporte les frais.
2. La partie qui ne livre qu'une partie des marchandises ou qui fournit les services non conformes au contrat doit livrer la partie manquante ou fournir les services conformes au contrat. La partie qui livre des marchandises ou qui fournit des services défectueux doit réparer le défaut de conformité de ces marchandises ou de ces services ou livrer des marchandises nouvelles en remplacement ou fournir les services conformes au contrat. La partie en défaut ne peut procéder à l'exécution en numéraire ou livrer des marchandises ou fournir des services d'une autre catégorie en remplacement si elle n'a pas obtenu l'accord préalable de l'autre partie.
3. Lorsque la partie en défaut ne respecte pas les dispositions du paragraphe 2 du présent article, la partie victime de la contravention peut procéder à un achat de remplacement auprès d'un tiers conformément à la catégorie de marchandises ou de services convenue dans le contrat. La partie en défaut supporte la différence de prix et d'autres frais qui y sont afférents, le cas échéant. La partie victime de la contravention peut réparer le défaut

de conformité des marchandises ou des services, dans ce cas la partie en défaut doit la rembourser des frais réellement et raisonnablement engagés

4. La partie victime de la contravention doit prendre livraison des marchandises ou des services et en payer le prix si la partie en défaut a exécuté totalement son obligation conformément aux dispositions du paragraphe 2 du présent article.
5. Si la partie en défaut est l'acheteur, le vendeur peut lui demander de payer le prix, de prendre livraison des marchandises ou des services ou d'exécuter d'autres obligations infligées à l'acheteur convenues dans le contrat et conformément à la présente Loi.

Article 298. Prorogation du délai d'exécution des obligations

En cas de contrainte à l'exécution en nature, la partie victime de la contravention peut impartir à la partie en défaut un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations.

Article 299. Relation entre l'exécution en nature et les autres sanctions

1. Sauf convention contraire, durant la période pour laquelle l'exécution en nature a été demandée, la partie victime de la contravention n'a pas le droit de recourir à une autre sanction, à moins qu'il s'agisse du droit de demander des dommages-intérêts ou une pénalité.
2. Si, à l'expiration du délai imparti, la partie en défaut n'exécute toujours pas ses obligations de manière conforme au contrat, la partie victime de la contravention peut recourir à une autre sanction pour la défense de ses intérêts légitimes.

Article 300. Pénalité

La pénalité est une sanction par laquelle la partie victime d'une contravention au contrat réclame à la partie qui l'a commise, le versement d'une somme déterminée par suite de cette contravention, s'il en a été ainsi convenu dans le contrat, sauf dans les cas d'exonération prévus à l'article 294 de la présente Loi.

Article 301. Montant de la pénalité

Le montant de la pénalité pour manquement à une obligation contractuelle ou le montant total des pénalités pour manquement à plusieurs obligations contractuelles, est déterminé d'un commun accord entre les parties dans le contrat, sans toutefois excéder 8% de la valeur de la ou des obligations au regard de laquelle ou desquelles la contravention a été commise, sauf dans les cas prévus à l'article 266 de la présente Loi.

Article 302. Dommages-intérêts

1. La réparation du préjudice s'entend du fait que la partie qui a contrevenu au contrat compense la perte subie par l'autre partie en raison de la contravention.
2. Les dommages-intérêts comprennent la perte réelle et directe subie par la victime et le gain manqué par cette dernière en raison de la contravention.

Article 303. Fondements de l'obligation de réparation du préjudice

Sauf dans les cas d'exonération prévus à l'article 294 de la présente Loi, l'obligation de réparer le préjudice naît lorsque sont réunis tous les éléments suivants:

1. Une contravention au contrat a été commise;
2. Il existe un préjudice réel;
3. La contravention au contrat est la cause directe du préjudice.

Article 304. Obligation de prouver la perte

La partie qui demande des dommages - intérêts doit prouver la perte et le gain manqué causés par la contravention au contrat et leur montant.

Article 305. Obligation de limiter la perte

La partie qui demande des dommages - intérêts doit prendre les mesures raisonnables pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si ladite partie néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages -intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée.

Article 306. Droit de demander des intérêts en cas de retard de paiement

Si une partie tarde à payer le prix ou toute autre somme raisonnablement due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, calculés pour la durée de retard et selon le taux d'intérêt moratoire moyen pratiqué sur le marché au moment du paiement, sauf convention contraire des parties ou sauf disposition contraire d'une loi spécifique.

Article 307. Relation entre pénalité et dommages -intérêts

1. Lorsque les parties n'ont pas convenues d'une pénalité, la partie victime de la contravention au contrat n'a que le droit de demander des dommages-intérêts.
2. Lorsque les parties ont prévu une pénalité, la partie victime de la contravention au contrat a le droit de demander à la fois la pénalité et des dommages-intérêts.

Article 308. Suspension du contrat

La suspension du contrat s'entend du fait qu'une partie n'exécute pas ses obligations de façon provisoire dans les cas ci-dessous énumérés, à l'exception des exonérations prévues à l'article 294 de la présente Loi :

1. Lorsqu'il s'est produit la contravention convenue par les parties comme conditionnant la suspension du contrat;
2. Lorsque l'autre partie commet une contravention fondamentale au contrat.

Article 309. Effets de la suspension du contrat

1. Le contrat suspendu ne cesse pas de produire effet.
2. La partie victime de la contravention au contrat a le droit de demander des dommages-intérêts conformément aux dispositions de la présente Loi.

Article 310. Résiliation du contrat

La résiliation du contrat s'entend du fait qu'une partie cesse d'exécuter ses obligations dans les cas ci-dessous énumérés, à l'exception des exonérations prévues à l'article 294 de la présente Loi :

1. Lorsqu'il s'est produit la contravention convenue par les parties comme conditionnant la suspension du contrat;
2. Lorsque l'autre partie commet une contravention fondamentale au contrat.

Article 311. Effets de la résiliation du contrat

1. Le contrat résilié prend fin au moment où une partie reçoit la notification relative à la résiliation du contrat. La résiliation du contrat libère les parties de leurs obligations. La partie qui a exécuté ses obligations peut réclamer à l'autre, paiement du prix ou exécution de l'obligation compensatoire.
2. La partie victime de la contravention au contrat a le droit de demander des dommages-intérêts conformément aux dispositions de la présente Loi.

Article 312. Résolution du contrat

1. La résolution du contrat peut être totale ou partielle.
2. La résolution totale du contrat s'entend de l'annulation totale des obligations contractuelles pour l'ensemble du contrat.
3. La résolution partielle du contrat s'entend de l'annulation d'une partie des obligations contractuelles. L'autre partie des obligations demeure valable.
4. Sauf dans les cas d'exonération prévus à l'article 294 de la présente Loi, le contrat peut être déclaré résolu :
 - a) Lorsqu'il s'est produit la contravention convenue par les parties comme conditionnant la suspension du contrat;
 - b) Lorsqu'une partie commet une contravention fondamentale au contrat.

Article 313. Résolution du contrat en cas de livraisons successives ou de prestations de services successives

1. Dans les contrats à livraisons successives ou à prestations de services successives, si l'inexécution par l'une des parties d'une quelconque de ses obligations relatives à une livraison ou à une prestation de services constitue une contravention fondamentale au contrat, l'autre partie peut déclarer le contrat résolu pour ladite livraison ou ladite prestation de services.
2. Si l'inexécution par l'une des parties d'une obligation relative à une livraison ou à une prestation de services donne à l'autre de sérieuses raisons de penser qu'il y aura contravention fondamentale au contrat en ce qui concerne des livraisons ou prestations de services futures, cette dernière peut déclarer le contrat résolu pour l'avenir, à condition de le faire dans un délai raisonnable.

3. La partie qui déclare le contrat résolu pour une livraison ou pour une prestation de services peut, en même temps, le déclarer résolu pour les livraisons ou prestations de services effectuées ou futures si, en raison de leur connexité, ces livraisons ou prestations ne peuvent être utilisées aux fins envisagées par les parties au moment de la conclusion du contrat.

Article 314. Effets de la résolution du contrat

1. Sauf dans les cas prévus à l'article 313 de la présente Loi, la résolution du contrat libère les parties de leurs obligations à compter de la conclusion du contrat. Elle n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des litiges ou aux droits et obligations des parties en cas de résolution.
2. La partie qui a exécuté ses obligations peut réclamer restitution à l'autre de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat. Si les deux parties sont tenues d'effectuer des restitutions, elles doivent y procéder simultanément. Lorsque la restitution en nature est impossible, le débiteur doit procéder à la restitution en numéraire.
3. La partie lésée a le droit de demander des dommages-intérêts.

Article 315. Notification de la suspension, de la résiliation ou de la résolution du contrat

La partie qui suspend, résilie ou résout le contrat doit le notifier sans délai à l'autre partie. Si la notification tardive cause des dommages à l'autre partie, elle est tenue de les réparer.

Article 316. Droit de demander des dommages-intérêts en cas de recours à une autre sanction

Une partie qui a eu recours à une autre sanction ne perd pas le droit de demander des dommages-intérêts résultant de la contravention au contrat commise par l'autre partie.

Annexe 2

Décret n° 35/2006/ND-CP du 31 mars 2006 portant application de la loi commerciale de 2005

(*extrait*)
(*traduit par l'auteur*)

CHAPITRE I DISPOSITIONS GENERALES

Article 1. Champ d'application matériel

Le présent décret précise l'application de la loi commerciale sur la franchise sur le territoire de la République socialiste du Vietnam.

Article 2. Champ d'application rationae personae

1. Le présent décret s'applique aux commerçants vietnamiens et étrangers exerçant des activités de franchise.

2. Les entreprises ayant investissement étranger spécialisé dans la commercialisation des marchandises et dans les activités liées directement à celle-ci, autre les dispositions de l'article 7 du présent décret, ne peuvent exploiter leur franchise que pour les marchandises qu'elles sont autorisées à distribuer selon les engagements internationaux du Vietnam.

Article 3. Définitions

Aux fins du présent décret:

1. « Le franchiseur » s'entend d'un commerçant qui octroie une franchise, y compris le sous-franchiseur dans la relation avec son sous-franchisé.

2. « Le franchisé » s'entend d'un commerçant qui reçoit une franchise, y compris le sous-franchisé dans la relation avec son sous-franchiseur.

3. « Le franchiseur secondaire » s'entend d'un commerçant qui a le droit de sous-franchiser la franchise qu'il a reçue de son franchiseur initial aux franchisés secondaires.

4. « Le franchisé principal » s'entend d'un commerçant qui reçoit la franchise octroyée par le franchiseur initial. Le franchisé principal est franchiseur secondaire au sens de l'alinéa 3 du présent article dans la relation avec les franchisés secondaires.

5. « Le franchisé secondaire » s'entend d'un commerçant qui reçoit la franchise octroyée par le franchiseur secondaire.

6. « Droits commerciaux » s'entend d'un ou plusieurs ou l'ensemble des droits suivants:

a) Le droit d'autoriser et demander par le franchiseur à son franchisé d'effectuer en son propre nom les opérations de ventes ou de prestation de services selon les modalités fixées par le franchiseur, en utilisant la la marque, le nom commercial, le savoir - faire, le slogan commercial, l'enseigne commerciale et les moyens publicitaires du franchiseur;

b) Le droit pour le franchisé principal de recevoir les droits commerciaux octroyés par son franchiseur;

c) Le droit octroyé par le franchiseur secondaire au franchisé secondaire en conformité avec le contrat de franchise initial ;

d) Le droit octroyé par le franchiseur à son franchisé en conformité avec le contrat de franchise initiale.

7. « La Commercialisation selon les modalités de franchise » s'entend des opérations effectuées par le franchisé selon le contrat de franchise.

8. « Le contrat de développement des droits commerciaux » s'entend d'un contrat selon lequel le franchiseur octroie au franchisé le droit d'ouvrir plus d'un point de vente pour exploiter la franchise dans une délimitation géographique déterminée.

9. « Le droit commercial principal » s'entend d'un droit octroyé par le franchiseur au franchisé d'octroyer ce même droit aux franchisés secondaires. Les franchisés secondaires ne peuvent plus octroyer ce droit au tiers.

10. « Le contrat de sous-franchise » s'entend d'un contrat signé entre un sous-franchiseur et un franchisé conformément avec les normes établies par le franchiseur.

Article 4. La gestion d'Etat de la franchise

1. Le Ministère du commerce conformément à sa compétence gère au nom du Gouvernement les activités de franchise sur l'ensemble du territoire vietnamien. Cette mission consiste à :

a) Expliquer la mise en œuvre des politiques de l'Etat relatives à la franchise ; gérer l'enregistrement de la franchise ;

b) Coordonner les actions de différents ministères, des organismes du Gouvernement, des Comités populaires des provinces et villes dans la mise en œuvre des contrôles, des expertises et évaluations ;

c) Soumettre pour approbation au Gouvernement les amendements des textes relatifs à la franchise.

2. Le Ministère des finances est chargé de l'explication des barèmes de taxe et de frais d'enregistrement relatifs à la franchise.

3. Les ministères et les organismes ayant la même compétence, les organes du Gouvernement sont chargés de la gestion administrative de la franchise conformément à leur compétence propre.

4. Les Comités populaires des provinces et de villes relevant directement du pouvoir central sont chargés :

a) De gérer la franchise conformément à leur compétence propre ;

b) De contrôler les enregistrements de la franchise effectués par les Départements de commerce, les Départements de commerce et du tourisme. Ce contrôle doit faire l'objet d'un rapport à soumettre au Ministère du commerce.

Chapitre II

LA FRANCHISE

Section 1

CONDITIONS POUR L'EXPLOITATION EN FRANCHISE

Article 5. Les conditions pour le franchiseur

Tout commerçant peut exploiter la franchise s'il satisfait les conditions suivantes :

1. Le réseau qu'il entend franchiser est en activité depuis au moins un an.

Si le franchiseur est franchisé principal d'un franchiseur étranger, il doit exploiter cette franchise depuis au moins un an avant d'opérer des sous-franchises.

2. Enregistrer la franchise auprès d'une autorité compétente conformément à l'article 18 du présent Décret.

3. Les marchandises et les services faisant l'objet de la franchise ne sont pas interdites par l'article 7 du présent Décret.

Article 6. Les conditions pour le franchisé

Tout commerçant peut exercer la franchise conformément au sphère d'activités qu'il a enregistré.

Article 7. Les marchandises et les services franchisables

1. Les marchandises et les services franchisables ne sont pas celles et ceux qui sont dans la liste interdite.

2. Les marchandises et les services faisant l'objet de la commercialisation restrictive ne peuvent être franchisables que sous réserve d'un certificat spécial délivré par une autorité compétente.

Section 2

LA COMMUNICATION DES INFORMATIONS ET DU CONTRAT DE FRANCHISE

Article 8. Le devoir d'information du franchiseur

1. Sauf accord particulier des parties, le franchiseur doit fournir une copie du projet de contrat de franchise et un document présentant sa franchise au candidat franchisé au moins 15 ouvrables avant la signature du contrat. Les éléments obligatoires de ce document est précisé et publié par le Ministère du Commerce.

2. Le franchiseur est tenu d'informer sans délai ses franchisés de tous changements importants pouvant affecter le réseau de franchise.

3. Le sous-franchieur est tenu de communiquer en écrit à son candidat-franchisé, outre les renseignements précisés dans l'alinéa 1 du présent article, les informations suivantes :

a) Les informations relatives à son franchiseur ;

b) Le contenu du contrat de franchise principale ;

c) Le sort du contrat de sous-franchise en cas de rupture du contrat de franchise principale.

Article 9. Devoir d'information du franchisé

Le candidat-franchisé est tenu de fournir au franchiseur toutes les informations que celui-ci demande de façon raisonnable.

Article 10. Les droits de propriété dans la franchise

1. La cession des droits de propriété industrielle peut précisée dans une partie du contrat de franchise.

2. Les droits de propriété industrielle insérée dans un contrat de franchise doivent obéir aux dispositions du droit de propriété intellectuelle.

Article 11. Contenu du contrat de franchise

Si les parties choisissent la loi vietnamienne comme la loi applicable à leur contrat, celui-ci doit contenir les informations suivantes :

1. Objet de la franchise.
2. Droits et obligations du franchiseur
3. Droits et obligations du franchisé.
4. Prix, redevances et modalités de paiement.
5. Durée de validité du contrat.
6. Conditions de renouvellement, de mise fin du contrat et modalités de règlement de litige.

Article 12. Langue du contrat de franchise

Le contrat de franchise doit être établi en langue vietnamienne. La langue du contrat peut être librement choisie par les parties en cas de franchise vietnamienne à l'étranger.

Article 13. La durée du contrat de franchise

1. La durée du contrat de franchise est librement fixée par les parties.
2. Le contrat de franchise peut être rompu avant le terme stipulé dans les cas précisés par l'article 16 du présent décret.

Article 14. La prise d'effet du contrat de franchise

1. Le contrat de franchise peut prendre l'effet au moment de sa signature sauf accord particulier des parties.
2. La prise d'effet des droits de propriété industrielle doit obéir les conditions imposées par le droit de propriété intellectuelle.

Article 15. La cession de contrat de franchise

1. Le franchisé peut céder le contrat de franchise à un autre commerçant dans les conditions suivantes :

- a) Le candidat cessionnaire satisfait toutes les conditions imposées par l'article 6 du présent décret ;
- b) Le franchiseur lui donne un accord favorable.

2. Le franchisé cédant doit soumettre à son franchiseur un écrit précisant la cession. Le franchiseur doit répondre dans le délai de 15 jours ouvrables au franchisé principal en écrit précisant :

- a) S'il accepte la cession ;
- b) S'il refuse la cession dans le respect des conditions prévues par l'alinéa 3 du présent article.

A l'expiration du délai de 15 jours ouvrables, le silence du franchiseur vaut son acceptation de la cession.

3. Le franchiseur ne peut refuser la cession que si une des conditions suivantes ne sont pas satisfaites:

- a) Le candidat cessionnaire ne satisfait pas les conditions financières qui lui seront imposées en cas de réussite de la cession ;

- b) Le candidat cessionnaire ne satisfait pas les conditions de normes de sélection du franchiseur ;
 - c) La cession de contrat de franchise pourra affecter l'intérêt du réseau ;
 - d) Le candidat cessionnaire ne répond pas en écrit précisant qu'il respectera toutes les obligations contractuelles imposées au cédant ;
 - e) Le franchisé cédant n'a pas exécuté les obligations financières vis-à-vis de son franchiseur, sauf accord du candidat cessionnaire de la reprise de ces dettes.
4. Le franchisé cédant perd tous les droits de franchise au moment de la cession de contrat. Tous les droits et obligations du franchisé cédants seront transférés au franchisé cessionnaires, sauf convention particulière des parties.

Article 16. La résiliation du contrat de franchise

1. Le franchisé peut résilier le contrat de franchise si le franchiseur ne respecte pas les obligations qui lui sont imposées par l'article 287 de la loi commerciale.
2. Le franchiseur peut résilier le contrat de franchise dans les cas suivants :
 - a) Le franchisé se voit soustrait de son certificat de commerçant ou d'autres papiers imposés par la loi en vue d'exercer la franchise.
 - b) Le franchisé est dissolu ou tombé en faillite selon le droit vietnamien.
 - c) Le franchisé commet une faute affectant gravement la réputation du réseau de franchise.
 - d) Le franchisé ne cesse pas les violations non-essentiels du contrat de franchise nonobstant la demande en écrit du franchiseur pendant un temps raisonnable.

Annexe 3

Le document d'information sur la franchise

(joint à la Circulaire n° 09/2006/TT-BTM du 25 mai 2006 du Ministère du Commerce)
(traduit par l'auteur)

Cette présentation comporte des informations nécessaires que le candidat franchisé doit bien examiner avant de conclure le contrat de franchise. Il est souligné que :

* Sauf convention particulière des parties, le candidat franchisé a au moins 15 jours pour examiner ce document et autres informations avant de conclure le contrat de franchise.

* Le candidat franchisé est appelé à bien étudier la loi commerciale, le Décret n° 35/2006/ND-CP et le présent document ; à se renseigner auprès d'autres franchisés du réseau ; à évaluer ses propres ressources financières et ses capacités dans la perspective de satisfaire les exigences du concept de franchise.

* Le candidat franchisé est conseillé à se consulter auprès des consultants juridique, comptable et commercial avant de conclure le contrat de franchise.

* Le candidat franchisé est conseillé à suivre des formations, ce qui est nécessaire s'il n'était pas commerçant.

PARTIE A¹¹⁵⁵

I. INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LE FRANCHISEUR

1. Nom commercial du franchiseur.
2. Adresse du siège principal du franchiseur.
3. Tél, télécopie (s'il y en a).
4. Date de création de la personne morale du franchiseur.
5. Précision s'il s'agit d'une master-franchise ou d'une sous-franchise.
6. Forme de société du franchiseur.
7. Domaine de la franchise.
8. Information sur l'enregistrement de la franchise auprès de l'autorité compétente¹¹⁵⁶.

II. MARQUE DES MARCHANDISES OU SERVICES FOURNIS ET LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit sur l'utilisation de la marque des marchandises/services et tout autre droit de propriété intellectuelle mis à la disposition du franchisé par le franchiseur.
2. Précision sur la marque des marchandises/services et autre droit sur la propriété intellectuelle qui ont été enregistrés conformément aux dispositions légales.

Partie B¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁵ Le franchiseur doit communiquer à l'autorité chargée de l'enregistrement de toute modification des informations précisées dans cette Partie selon les modalités prévues à la Partie III de la présente Circulaire.

¹¹⁵⁶ Le franchiseur rajoute cette information dès lors qu'il accomplit l'enregistrement auprès de l'autorité compétente.

¹¹⁵⁷ Le franchiseur doit communiquer annuellement à l'autorité compétente les informations de cette partie au plus tard le 15 janvier.

I. INFORMATIONS SUR L'IDENTITÉ DU FRANCHISEUR

1. Son organigramme.
2. Nom et prénom, tâches et expériences des membres du directoire de la société franchiseur.
3. Précisions sur la Section spécialisée dans la franchise de la société franchiseur.
4. Précisions sur les expériences du franchiseur dans le domaine qu'il entend franchiser.
5. Précisions sur les procès relatifs à la franchise auxquels est lié le franchiseur pendant la dernière année.

II. DÉPENSES INITIALES DEVANT ÊTRE FAITES PAR LE FRANCHISÉ

1. Catégories et montants des dépenses initiales.
2. Délai de versement.
3. Cas de reversement des dépenses par le franchiseur au franchisé.

III. AUTRES OBLIGATIONS FINANCIÈRES DU FRANCHISÉ

Précisions, pour chaque frais et dépense, sur le montant, délai de versement et cas de reversement:

1. Redevances.
2. Frais de publicité.
3. Frais de formation.
4. Frais de prestation de service.
5. Frais de location.
6. Autres frais.

IV. INVESTISSEMENTS INITIAUX PAR LE FRANCHISÉ

Les précisions sur les investissements initiaux doivent comporter les informations principales suivantes:

1. Point de vente.
2. Outils et équipements.
3. Frais d'aménagement du point de vente.
4. Marchandises initiales devant être achetées.
5. Frais d'assurance de sécurité.
6. Autres frais avancées.

V. OBLIGATIONS DU FRANCHISÉ D'ACHETER OU DE LOUER LES OUTILS ET ÉQUIPEMENTS, OU DE SE PRESCRIRE DES SERVICES IMPOSÉS PAR LE FRANCHISEUR POUR ASSURER L'HOMOGENÉITÉ DU RÉSEAU DE FRANCHISE

1. Si le franchisé doit acheter ou louer les outils et équipements, ou se prescrire des services imposés par le franchiseur pour assurer l'homogénéité du réseau de franchise.
2. Si le franchisé peut modifier le concept de franchise.
3. Si de telle modification est possible, quelle démarche doit-il suivre.

VI. OBLIGATIONS DU FRANCHISEUR

1. Obligations du franchiseur avant la conclusion du contrat.
2. Obligations du franchiseur pendant l'exécution du contrat.
3. Obligations du franchiseur quant au choix de l'emplacement du point de vente.
4. Formations:
 - a. Formation initiale.
 - b. Autres formations complémentaires.

VII. PRÉCISIONS SUR LE MARCHÉ DES MARCHANDISES/SERVICES EXPLOITÉS SOUS FORME DE FRANCHISE

1. Présentation sur le marché national des marchandises/services entrant dans l'objet du contrat de franchise.
2. Présentation sur le marché local des marchandises/services entrant dans l'objet du contrat de franchise.
3. Perspectives du développement de ces marchés.

VIII. CONTRAT-TYPE DE FRANCHISE

1. Les intitulés des différentes clauses du contrat.
2. Durée du contrat.
3. Conditions de renouvellement du contrat.
4. Conditions de résiliations du contrat par le franchisé.
5. Conditions de résiliations du contrat par le franchiseur.
6. Responsabilités du franchisé/franchiseur nées de la résiliation du contrat.
7. Modification du contrat à la demande du franchiseur/franchisé.
8. Conditions de cession du contrat par le franchisé à un tiers.
9. En cas de décès de l'une des parties au contrat, la déclaration de la perte de capacité du franchiseur/franchisé.

IX. INFORMATIONS SUR LE RÉSEAU DE FRANCHISE

1. Nombre de magasins de franchise en cours d'exploitation.
2. Nombre de magasins de franchise ayant été fermés.
3. Nombre de contrats de franchise ayant été signés.
4. Nombre de contrats de franchise ayant été cédés par le master franchisé aux tiers.
5. Nombre de magasins de franchise rachetés par le franchiseur.
6. Nombre de contrats de franchise ayant été mis fin par le franchiseur.
7. Nombre de contrats de franchise ayant été mis fin par le franchisé.
8. Nombre de contrats de franchise ayant été renouvelés et n'ayant pas été renouvelés.

X. BILAN DE COMPTE DU FRANCHISEUR

Bilan de compte du dernier exercice examiné par l'audit .

XI. BONUS OU RECONNAISSANCE QUE LE FRANCHISÉ RECEVRA, ASSOCIATION À LAQUELLE IL DEVRA ADHÉRER

Nous nous engageons que le concept de franchise que nous entendons franchiser a été exploité pendant au moins une année; toute information figurée dans ce document et toute autre information complémentaire et les documents annexés sont exactes. Nous prenons conscience que toute information mensongère de ce document constitue une violation de la loi.

Le franchiseur

(Signer et temponner)

Annexe 4

Code civil de la République socialiste du Vietnam

N° 33/2005/QH11 du 14 juin 2005

(traduit par la Maison du Droit Vietnamo-Française)

(Extrait)

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

CHAPITRE II

PRINCIPES FONDAMENTAUX

Article 4. Principe de la liberté contractuelle

Le droit de s'engager et de contracter librement pour l'établissement des droits et obligations civils est garanti par la loi, à condition que l'engagement ou la convention en cause ne viole pas les interdictions légales et ne soit pas contraire à la morale sociale.

Dans les rapports civils, les parties consentent librement. Nulle partie ne peut contraindre, menacer ou empêcher l'autre partie, ni lui imposer ou lui interdire de contracter.

Tout engagement et toute convention légalement conclus ont force exécutoire entre les parties, et doivent être respectés par toute personne physique ou morale et par tout autre sujet de droit.

Article 5. Principe de l'égalité

Dans les rapports civils, les parties sont égales. Nul ne peut invoquer une différence d'ethnie, de sexe, d'appartenance sociale, de situation économique, de croyance, de religion, de niveau culturel ou de métier pour se conduire de façon discriminatoire envers autrui.

Article 6. Principe de la bonne foi et de la loyauté

Dans les rapports civils, les parties doivent agir de bonne foi et se comporter avec loyauté dans le cadre de l'établissement, de l'exercice et de l'exécution des droits et des obligations civils. Une partie ne doit pas tromper l'autre.

Article 7. Principe de la responsabilité civile

Les parties doivent exécuter avec diligence leurs obligations civiles et sont personnellement responsables de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de leurs obligations. En cas d'inexécution volontaire, il est possible de recourir à l'exécution forcée conformément aux dispositions légales.

Article 8. Principe du respect de la morale, des bonnes moeurs et des belles traditions nationales

L'établissement et l'exercice des droits civils, la création et l'exécution des obligations civiles sont soumis à l'exigence de préserver l'identité nationale, de respecter et de promouvoir les bonnes moeurs, les coutumes, les belles traditions, la solidarité et la fraternité et le principe "chacun pour la communauté, la communauté pour chacun" ainsi que les valeurs morales prééminentes des différentes ethnies vivant ensemble sur le territoire vietnamien.

Les minorités ethniques bénéficient de conditions favorables dans leurs rapports civils afin que soit progressivement élevé leur niveau de vie tant matériel que moral. L'aide aux personnes âgées, aux enfants et aux personnes handicapées dans l'exercice de leurs droits et l'exécution de leurs obligations civiles est encouragée.

Article 9. Protection des droits civils

1. Tous les droits civils des personnes physiques, des personnes morales et des autres sujets de droit sont respectés et sont protégés par la loi.

2. En cas d'atteinte portée à ses droits civils, tout sujet de droit peut se défendre conformément aux dispositions du présent Code ou saisir une autorité compétente pour que:

- a) soient reconnus ses droits civils ;
- b) il soit mis fin à l'atteinte ;
- c) il y ait excuse ou rectification publique ;
- d) il y ait exécution forcée des obligations civiles ;
- e) il y ait paiement de dommages-intérêts.

Article 10. Principe du respect des intérêts de l'Etat, de l'intérêt public, des droits et des intérêts légitimes d'autrui

L'établissement et l'exercice des droits civils, la création et l'exécution des obligations civiles ne doivent pas porter atteinte aux intérêts de l'Etat, à l'intérêt public, aux droits et aux intérêts légitimes d'autrui.

Article 11. Principe de la légalité

L'établissement et l'exercice des droits civils, la création et l'exécution des obligations civiles doivent se conformer aux dispositions du présent Code et aux autres dispositions légales.

Article 12. Principe de la conciliation

Dans les rapports civils, la conciliation, dans le respect de la loi, est encouragée. Nul ne peut recourir à la force ou menacer d'y recourir dans le cadre d'une relation civile ou du règlement des litiges en matière civile.

Article 13. Sources des droits et des obligations civiles

Les droits et les obligations civiles naissent :

1. Des actes de la vie civile légalement conclus;
2. Des décisions des tribunaux ou des autres organes étatiques compétents;
3. Des faits juridiques prévus par la loi;
4. Des créations immatérielles faisant l'objet de la propriété intellectuelle;
5. De la possession juridiquement fondée de biens;
6. De dommages causés par des actes contraires à la loi;
7. De la gestion des affaires d'autrui sans mandat;
8. De la possession ou de l'usage sans fondement juridique d'un bien ; d'un enrichissement sans cause ;
9. Des autres sources prévues par la loi.

CHAPITRE V. DES ACTES DE LA VIE CIVILE

Article 121. Acte de la vie civile

L'acte de la vie civile est un acte juridique conventionnel ou unilatéral qui fait naître, modifie ou éteint des droits ou des obligations civils.

Article 122. Conditions de validité

1. Un acte de la vie civile est valable lorsqu'il réunit les conditions suivantes:

- a) Les parties à l'acte jouissent de la capacité d'exercice en matière civile;
- b) L'objet et le contenu de l'acte ne doivent ni violer les interdictions légales ni être contraires à la morale sociale;
- c) Les parties à l'acte se sont librement engagées;

2. La forme de l'acte est une condition de sa validité seulement dans les cas prévus par la loi.

Article 123. Objet de l'acte

Tout acte de la vie civile doit avoir pour objet un intérêt légitime que les parties souhaitent obtenir lorsqu'elles concluent l'acte.

Article 124. Formes de l'acte

1. L'acte de la vie civile peut être conclu verbalement, par écrit ou par une action concrète.

Les actes de la vie civile effectués sous forme de messages de données grâce aux moyens électroniques sont considérés comme étant conclus par écrit.

2. Quand la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authentifié, enregistré ou autorisé, le respect de ces formalités légales est obligatoire.

Article 125. Acte conditionnel

1. Dans le cas où les parties conviennent de faire dépendre l'existence ou l'anéantissement d'un acte de la réalisation d'une condition, l'acte ne produit effet ou ne cesse de produire effet que quand la condition est réalisée.

2. La condition est réputée réalisée lorsque sa réalisation est empêchée intentionnellement par l'une des parties ou par un tiers. Au contraire, lorsque l'une des parties ou un tiers, par son intervention personnelle, a provoqué la réalisation de la condition, celle-ci est réputée ne pas avoir été réalisée.

Article 126. Interprétation de l'acte

1. Lorsqu'un acte de la vie civile est susceptible de plusieurs sens, on doit l'entendre, par ordre de priorité:

- a) Dans le sens de l'intention réelle des parties au moment de sa formation;
- b) Dans le sens qui convient le plus à l'objet de l'acte;
- c) Par ce qui est d'usage dans le pays où l'acte est passé.

2. L'interprétation des contrats civils s'effectue conformément aux dispositions de l'article 409 du présent Code, l'interprétation des testaments à celles de l'article 673 du présent Code.

Article 127. Nullité de l'acte

Est nul tout acte de la vie civile qui ne remplit pas une des conditions énoncées à l'article 122 du présent Code.

Article 128. Acte frappé de nullité en raison de la violation d'une interdiction légale ou d'une atteinte portée à la morale sociale

Tout acte de la vie civile dont l'objet et le contenu violent une interdiction légale ou sont contraires à la morale sociale est nul.

Constitue une interdiction légale toute disposition législative ou réglementaire qui interdit à un sujet de droit d'exécuter tel ou tel acte.

La morale sociale s'entend des normes communes régissant les comportements humains dans la vie sociale et qui sont admises et respectées par la communauté.

Article 129. Acte frappé de nullité pour simulation

Lorsque les parties établissent un acte de la vie civile apparent pour simuler une contre-lettre, l'acte apparent est nul mais la contre-lettre reste valable, sauf les cas où cette dernière serait également nulle en application des dispositions du présent Code.

L'acte apparent est également nul lorsqu'il est conclu dans le but de se soustraire aux obligations envers des tiers.

Article 130. Acte frappé de nullité pour avoir été conclu ou exécuté par un mineur, une personne privée de la capacité d'exercice ou dont la capacité d'exercice est limitée

Lorsqu'un acte de la vie civile est conclu ou exécuté par un mineur, une personne privée de la capacité d'exercice ou dont la capacité d'exercice est limitée, le tribunal, à la demande du représentant de la personne en cause, déclare la nullité de l'acte si la loi dispose que l'acte considéré doit être conclu ou exécuté par le représentant.

Article 131. Acte frappé de nullité en raison d'une erreur

Lorsqu'une partie a conclu un acte de la vie civile sous l'effet d'une erreur, causée par la faute non intentionnelle de l'autre partie, sur le contenu de l'acte, elle peut demander à cette autre partie d'en modifier le contenu. Si sa demande n'est pas acceptée par l'autre partie, elle peut demander au tribunal de prononcer la nullité de l'acte.

Lorsque l'erreur sur le contenu de l'acte est causée par la faute intentionnelle de l'autre partie, les dispositions de l'article 132 du présent Code sont applicables.

Article 132. Acte frappé de nullité en raison d'un dol ou d'une violence

La partie qui a conclu un acte de la vie civile par dol ou violence peut demander au tribunal de prononcer la nullité de l'acte.

Le dol est un comportement intentionnel d'une partie ou d'un tiers qui vise à induire une autre partie en erreur sur la personne du cocontractant, sur la nature de l'objet ou sur le contenu de l'acte et qui conduit l'autre partie à s'engager.

La violence est un acte intentionnel consistant, pour une partie *ou un tiers*, à inspirer à l'autre partie la crainte d'exposer sa vie, sa santé, son honneur, sa crédibilité, sa dignité, ses biens ou la vie, la santé, l'honneur, la dignité, la crédibilité ou les biens de ses parents, de son conjoint ou de ses enfants pour l'obliger à conclure un acte de la vie civile.

Article 133. Acte frappé de nullité pour avoir été contracté par une personne qui n'avait plus la conscience de ses actes

Une personne jouissant de la capacité d'exercice qui a conclu un acte de la vie civile en état d'inconscience et de perte de contrôle de ses actes, peut demander au tribunal d'en prononcer la nullité.

Article 134. Acte frappé de nullité en raison de l'inobservation de conditions de forme

Lorsque la loi subordonne la validité d'un acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme et que les cocontractants n'observent pas cette condition, le tribunal ou toute autorité publique compétente peut, à la demande de l'une ou de toutes les parties, fixer un délai dans lequel les parties doivent accomplir la condition prescrite. Si, à l'expiration de ce délai, les parties ne s'y sont pas conformées, l'acte de la vie civile est réputé nul.

Article 135. Nullité partielle d'un acte

Un acte de la vie civile peut être frappé de nullité partielle lorsque l'annulation d'une partie de ses dispositions n'affecte pas ses autres dispositions.

Article 136. Délai d'action en justice aux fins d'annulation d'un acte nul effet

1. Le délai pour saisir un tribunal de la nullité d'un acte de la vie civile visé aux articles 130 à 134 du présent Code est de 2 ans à compter de la conclusion de l'acte.
2. Pour les actes de la vie civile visés aux articles 128 et 129 du présent Code, le délai pour saisir un tribunal de leur nullité n'est pas limité.

Article 137. Conséquences juridiques de la nullité de l'acte

1. L'acte de la vie civile frappé de nullité ne produit, modifie ou fait éteindre, du jour de sa conclusion, ni droits ni obligations civils au profit ou à la charge des parties.
2. Lorsqu'un acte de la vie civile a été frappé de nullité, les parties sont tenues de rétablir l'état antérieur et de se restituer mutuellement ce qui a été reçu; si la restitution ne peut être opérée en nature, elle doit être opérée en numéraire, sauf les cas où les biens sur lesquels porte l'acte de la vie civile, les fruits et revenus perçus sont confisqués conformément à la loi. La partie fautive qui a causé des dommages est tenue de les réparer.

TROISIÈME PARTIE

DES OBLIGATIONS CIVILES ET DES CONTRATS CIVILS

CHAPITRE XVII

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

SECTION 1

DES OBLIGATION CIVILES

Article 280. Obligation civile

L'obligation civile est le lien de droit par lequel un ou plusieurs sujets de droit (dénommés débiteurs) est ou sont tenus envers un autre ou plusieurs autres sujets de droits (dénommés créanciers), de donner une chose, de transférer un droit, de payer une somme d'argent, de faire ou de ne pas faire quelque chose.

Article 281. Sources des obligations civiles

L'obligation civile naît :

1. D'un contrat ;
2. D'un acte juridique unilatéral ;
3. De la gestion des affaires d'autrui sans mandat ;

4. De la possession ou de l'usage sans fondement juridique d'un bien ou de l'enrichissement tiré sans fondement juridique d'un bien ;
5. Du fait de causer un dommage à autrui par un acte contraire à la loi ;
6. De toutes les autres sources prévues par la loi.

Article 282. Objet des obligations civiles

1. L'obligation civile peut porter sur un bien, sur une prestation ou sur une abstention.
2. L'objet de l'obligation civile doit être déterminé précisément.
3. Seuls les biens qui sont dans le commerce et les prestations possibles et non prohibées par la loi et non contraires à la morale sociale peuvent faire l'objet des obligations civiles.

SECTION 4

CESSION DE CRÉANCE ET CESSION DE DETTES

Article 309. Cession de créance

1. Un créancier peut céder une créance dont il est titulaire à un cessionnaire par la forme d'un contrat, à l'exception :
 - a) du droit à pension alimentaire et du droit à réparation en cas d'atteinte à la vie, à la santé, à l'honneur, à la dignité ou à la crédibilité ;
 - b) des créances frappées d'incessibilité en vertu d'un accord entre le créancier et le débiteur ;
 - c) des autres cas prévus par la loi.
2. La cession de créance transmet au cessionnaire la qualité de créancier.

Le cédant doit aviser par écrit de la cession le débiteur. La cession de créance ne nécessite pas l'assentiment du débiteur, sauf les cas où il en a été convenu autrement ou sauf les cas où la loi en dispose autrement.

Article 310. Formes de la cession de créance

1. Une cession de créance peut être établie par écrit ou être réalisée verbalement.
2. Lorsque la loi dispose que la cession de créance doit être établie par écrit, être authentifiée ou être enregistrée ou autorisée, le respect de ces formalités est obligatoire.

Article 311. Obligation d'information et de remise de documents

1. Le cédant est tenu de donner au cessionnaire toute information nécessaire et de lui remettre les documents afférents.
2. Le cédant doit réparer les dommages causés au cessionnaire par la violation de l'obligation prévue au paragraphe 1 du présent article.

Article 312. Effet de la cession sur la responsabilité du cédant

La cession réalisée, le cédant n'est pas responsable envers le cessionnaire de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation par le débiteur cédé, sauf les cas où il en a été convenu autrement.

Article 313. Cession de créance assortie de garanties

Toute garantie assortissant la créance cédée est transmise au bénéficiaire de la cession.

Article 314. Droit du débiteur cédé au refus de paiement

1. Le débiteur cédé peut refuser d'exécuter son obligation envers le cessionnaire s'il n'a pas été avisé de la cession de créance ou si le cessionnaire n'a pas pu justifier l'existence de la cession.

2. Si, en absence de préavis, le débiteur cédé a payé le cédant, le cessionnaire ne peut plus réclamer au débiteur cédé l'exécution de son obligation envers lui.

Article 315. Cession de dettes

1. Un débiteur peut céder ses dettes à un cessionnaire si le créancier y a consenti, sauf le cas des dettes directement liées à la personne du débiteur et les cas où la loi prohibe une telle cession.

2. La cession de dettes transmet au cessionnaire la qualité de débiteur.

Article 316. Formes de la cession de dettes

1. La cession de dettes peut être effectuée par écrit ou verbalement.

2. Lorsque la loi dispose que la cession de dettes doit être établie par écrit, authentifiée, enregistrée ou autorisée, le respect de ces formalités est obligatoire.

Article 317. Cession de dettes assorties de garanties d'exécution

Toute garantie assortissant la dette cédée prend fin à la suite de la cession, sauf convention contraire.

SECTION 7

DU CONTRAT CIVIL

I. CONCLUSION DES CONTRATS CIVILS

Article 388. Définition du contrat civil

Le contrat civil est une convention entre des parties en vue de créer, de modifier ou d'éteindre des droits et des obligations civils.

Article 389. Principes relatifs à la conclusion des contrats civils

La conclusion d'un contrat civil doit respecter les principes suivants:

1. Liberté de s'engager dans le respect de la loi et de la morale sociale;
2. Libre consentement, égalité, bonne foi, coopération, probité et franchise.

Article 401. Formes du contrat civil

1. En l'absence de forme précise imposée par la loi pour sa conclusion, un contrat civil peut être conclu verbalement, par écrit ou par un acte concret.

2. Lorsque la loi prévoit qu'un contrat doit être conclu par écrit, être authentifié, enregistré ou autorisé par une autorité publique compétente, le respect de ces formalités est obligatoire.

Le contrat n'est pas frappé de nullité en raison d'un manquement aux conditions de forme, sauf les cas où la loi en dispose autrement.

Article 402. Contenu du contrat civil

En fonction du type de contrat, les parties sont libres de s'accorder sur :

1. L'objet du contrat qui peut être un bien à livrer, une prestation à faire ou à ne pas faire;
2. La quantité et la qualité du bien ou de la prestation ;

3. Le prix et les modalités du paiement ;
4. Le délai, le lieu et les modalités d'exécution ;
5. Les droits et les obligations des parties ;
6. La responsabilité en cas de violation du contrat ;
7. Les pénalités ;
8. Tout autre élément de contenu.

Article 403. Lieu de formation du contrat civil

Le lieu de formation du contrat civil est déterminé d'un commun accord entre les parties; à défaut d'accord, il est au domicile de la personne physique ou au siège de la personne morale qui est l'auteur de l'offre.

Article 404. Moment de formation du contrat civil

1. Le contrat est conclu au moment où l'acceptation de l'offre parvient à son auteur.
2. Lorsqu'il est convenu entre les parties que le silence du destinataire de l'offre vaut acceptation, le contrat est réputé être conclu à l'expiration du délai d'acceptation si le destinataire de l'offre reste silencieux.
3. Le contrat passé verbalement est conclu au moment où les parties, en relation directe, s'accordent sur toutes les clauses du contrat.
4. Le contrat passé par écrit est conclu au moment où la dernière partie signe l'acte.

Article 405. Effets du contrat civil

Le contrat légalement conclu produit effet à partir du moment de sa formation, sauf convention contraire entre les parties ou disposition contraire de la loi.

Article 406. Principales classifications des contrats civils

Les principales classifications des contrats sont les suivantes :

1. Les contrats synallagmatiques sont les contrats dans lesquels les parties s'obligent réciproquement les unes envers les autres ;
2. Les contrats unilatéraux sont les contrats dans lesquels une seule partie s'oblige ;
3. Les contrats principaux sont les contrats dont les effets ne dépendent d'aucun autre contrat ;
4. Les contrats accessoires sont les contrats dont les effets dépendent d'un contrat principal ;
5. Les contrats conclus dans l'intérêt d'un tiers sont les contrats dans lesquels les parties contractantes s'obligent mutuellement au profit d'un tiers bénéficiaire de l'exécution.
6. Les contrats conditionnels sont les contrats dont l'exécution dépend de la survenance, de la modification ou de la cessation d'un événement précis.

Article 407. Contrat d'adhésion

1. Le contrat d'adhésion est un contrat dont les dispositions figurant dans un formulaire ont été élaborées par une seule des parties et proposées à l'autre partie qui doit y souscrire dans un certain délai; le destinataire du contrat d'adhésion qui y répond positivement est réputé avoir accepté la totalité des dispositions établies par l'auteur de l'offre.
2. Les clauses ambiguës d'un contrat d'adhésion s'interprètent contre l'auteur de l'offre et en faveur de l'acceptant.

3. Les clauses d'un contrat d'adhésion qui exonèrent la responsabilité de l'auteur de l'offre, qui prévoient des responsabilités excessives de l'autre partie ou qui tendent à priver cette dernière de ses intérêts légitimes sont dépourvues de tout effet, sauf convention contraire.

Article 408. Annexes à un contrat

1. Peuvent être jointes au contrat des annexes précisant certaines clauses du contrat.

Les annexes produisent effet comme le contrat. Le contenu des annexes ne peut être contraire au contenu du contrat.

2. Dans le cas où une annexe contient des dispositions contraires au contenu du contrat, ces dispositions ne produisent pas effet, sauf convention contraire. Si les parties acceptent une disposition de l'annexe qui est contraire à une clause du contrat, celle-ci est réputée être modifiée.

Article 409. Interprétation du contrat

1. Pour les clauses ambiguës, il faut rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de se contenter du sens littéral des termes.

2. Lorsqu'une clause est susceptible de plusieurs sens, elle doit être interprétée dans le sens le plus favorable aux parties.

3. Les termes susceptibles de plusieurs sens doivent être interprétés dans le sens qui convient le mieux à la matière du contrat.

4. Les clauses ou les termes difficiles à comprendre doivent être interprétés conformément aux coutumes du lieu de formation du contrat.

5. Lorsque des clauses font défaut, on peut y suppléer conformément à l'usage du lieu de formation du contrat, applicable à ce type de contrat.

6. Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

7. Lorsque la volonté commune des parties est contraire aux termes utilisés dans le contrat, celui-ci est entendu dans le sens qui convient à la volonté commune des parties.

8. Les clauses qui sont stipulées par une partie en position de force et qui sont désavantageuses pour l'autre partie en position de faiblesse s'interprètent contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui se trouve en position de faiblesse.

Article 410. Contrat nul

1. Les dispositions des articles 127 à 138 du présent Code relatives à la nullité des actes de la vie civile s'appliquent également à la nullité des contrats.

2. La nullité du contrat principal entraîne la fin du contrat accessoire, sauf si les parties acceptent d'un commun accord que le contrat accessoire remplace le contrat principal. Cette disposition ne s'applique pas aux garanties pour l'exécution des obligations civiles.

3. La nullité du contrat accessoire n'entraîne pas celle du contrat principal, sauf si les parties ont décidé d'un commun accord que le contrat accessoire fait partie intégrante du contrat principal.

Article 411. Contrat frappé de nullité du fait d'absence d'objet réalisable

1. Si l'objet du contrat est rendu irréalisable dès sa conclusion pour des causes extérieures, il est dépourvu de tout effet.

2. Une partie qui entraîne une autre partie à contracter sans l'informer de l'impossibilité de réaliser l'objet du contrat, alors même qu'elle en avait ou aurait dû en avoir connaissance, est tenue de réparer tout dommage éventuellement causé à son cocontractant, sauf si ce dernier connaissait ou ne pouvait lui-même ignorer cette impossibilité.

3. Les dispositions du paragraphe 2 du présent article s'appliquent également au cas où l'une ou plusieurs parties de l'objet d'un contrat ne sont pas réalisables mais les autres parties du contrat sont toujours valables.

II. EXÉCUTION DU CONTRAT

Article 412. Principes d'exécution du contrat

L'exécution du contrat doit respecter les principes suivants :

1. Exécution en conformité avec l'objet, la qualité, la quantité, la nature, le délai, les modalités et toutes les autres dispositions conventionnelles.

2. Exécution avec probité, dans un esprit de coopération, de la manière la plus profitable aux parties et dans le respect de la confiance mutuelle ;

3. Respect des intérêts de l'Etat, de l'intérêt public, des droits et intérêts légitimes d'autrui.

Article 413. Exécution des contrats unilatéraux

Dans les contrats unilatéraux, le débiteur est tenu d'exécuter son obligation conformément à ce qui a été convenu; il ne peut exécuter son obligation avant le délai prévu ou après celui-ci que si le créancier y consent.

Article 414. Exécution des contrats synallagmatiques

1. Lorsque les parties à un contrat synallagmatique ont convenu d'un délai pour son exécution, chaque partie doit exécuter son obligation au terme convenu; une partie ne peut différer l'exécution de son obligation à raison de l'inexécution par l'autre de son obligation à l'échéance, sauf les cas prévus aux articles 415 et 417 du présent Code.

2. Si les parties n'ont pas prévu dans l'ordre selon lequel doivent être exécutées leurs obligations réciproques, celles-ci doivent être exécutées simultanément. Si l'exécution simultanée est impossible, l'obligation dont l'exécution demande plus de temps doit être exécutée avant.

Article 415. Droit de différer l'exécution d'une obligation civile résultant d'un contrat synallagmatique

1. La partie qui doit exécuter son obligation la première peut en différer l'exécution, si la situation patrimoniale de l'autre partie est compromise à un point tel que cette partie se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation civile conformément à ce qui a été convenu, jusqu'à ce que le cocontractant soit en mesure d'exécuter sa propre obligation ou de fournir caution.

2. La partie qui doit exécuter son obligation la deuxième peut en différer l'exécution, si l'autre partie n'a pas exécuté sa propre obligation à l'échéance.

Article 416. Droit de rétention dans le cadre d'un contrat synallagmatique

1. Le droit de rétention est le droit reconnu au créancier (dénommé le détenteur du droit de rétention) de retenir entre ses mains le bien qui fait l'objet d'un contrat synallagmatique lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation ou l'a exécutée de manière non-conforme à ce qui avait été convenu.

2. Le détenteur du droit de rétention a les droits et les obligations suivants:

- a) Retenir entre ses mains tout ou partie du bien dans le cas prévu au paragraphe 1 du présent article ;
- b) Jouir des fruits provenant du bien retenu, en échange de l'inexécution de l'obligation par le débiteur ;
- c) Veiller à la conservation et à la garde du bien retenu ;
- d) Demander au propriétaire du bien retenu de lui rembourser les frais raisonnablement engagés pour la conservation et la garde du bien.

3. Le droit de rétention s'éteint :

- a) Par convention entre les parties ;
- b) Lorsque le détenteur du droit de rétention n'a pas exécuté l'obligation de conservation et de garde du bien ;
- c) Par l'exécution, par le propriétaire du bien retenu, de son obligation ;

Article 417. Inexécution par la faute du créancier

Si, dans un contrat synallagmatique, une partie ne peut pas exécuter son obligation par la faute de l'autre partie, elle peut toujours demander l'exécution, par cette dernière, de son obligation envers elle ou résoudre le contrat et réclamer des dommages-intérêts.

Article 418. Inexécution non imputable à une partie contractante

Si l'inexécution par une partie de son obligation contractuelle n'est imputable à aucune partie contractante, la partie qui n'a pas exécuté ne peut demander à l'autre partie l'exécution de son obligation à son profit. Néanmoins, si elle a exécuté une partie de son obligation, elle peut demander à l'autre partie l'exécution d'une partie équivalente de son obligation.

Article 419. Exécution du contrat conclu dans l'intérêt d'un tiers

Dans les contrats conclus dans l'intérêt d'un tiers, le tiers bénéficiaire peut réclamer directement au débiteur l'exécution de l'obligation; en cas de litige entre les parties sur l'exécution du contrat, l'exécution ne peut être réclamée par le tiers avant le règlement du litige.

Le créancier peut aussi réclamer au débiteur l'exécution du contrat conclu dans l'intérêt d'un tiers.

Article 420. Droit de renonciation du tiers

Si le tiers renonce au bénéfice de l'exécution du contrat avant que le débiteur n'ait exécuté son obligation, le débiteur n'est plus tenu d'exécuter son obligation et doit en informer le créancier; dans ce cas, le contrat est réputé résolu et les parties doivent se restituer mutuellement ce qu'elles ont reçu; si le tiers renonce après l'exécution par le débiteur, l'obligation est réputée exécutée, le créancier étant toujours tenu d'exécuter ses engagements à l'égard du débiteur.

Article 421. Interdiction de modifier ou de résoudre un contrat conclu dans l'intérêt d'un tiers

Lorsque le tiers a consenti au bénéfice de l'exécution du contrat, les parties contractantes ne peuvent ni modifier ni résoudre le contrat, même avant son exécution, sauf le cas où le tiers bénéficiaire y consent.

Article 422. Exécution d'un contrat assorti d'une clause pénale

1. La pénalité est une stipulation conventionnelle en vertu de laquelle le débiteur doit verser, en cas d'inexécution, une certaine somme au créancier dont les droits ont été violés.
2. Le montant de la pénalité est déterminé d'un commun accord entre les parties.
3. Les parties peuvent convenir que le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation devra payer la pénalité forfaitaire prévue sans versement de dommages-intérêts ou payer à la fois la pénalité et des dommages-intérêts; à défaut d'accord préalable entre les parties sur le montant des dommages-intérêts, ceux-ci doivent couvrir entièrement le préjudice causé. La partie qui n'a pas exécuté son obligation sera tenue au seul paiement de la pénalité si le contrat n'a pas prévu la possibilité de verser des dommages-intérêts.

III. MODIFICATION ET FIN DES CONTRATS CIVILS

Article 423. Modification du contrat

1. Sauf les cas où la loi en dispose autrement, les parties au contrat peuvent convenir de sa modification ainsi que du règlement des conséquences qui en découlent.
2. Si le contrat a été établi par écrit, authentifié, enregistré, ou autorisé par une autorité compétente, toute modification du contrat est également soumise à ces formalités.

Article 424. Fin du contrat

Le contrat prend fin :

1. Par son exécution ;
2. Par l'accord des parties d'y mettre un terme ;
3. Par la mort de la personne physique, la disparition de la personne morale ou de tout autre sujet de droit partie au contrat alors que le contrat devait être exécuté personnellement par ladite personne physique, ladite personne morale ou ledit sujet de droit ;
4. Par la résolution ou la résiliation du contrat ;
5. Par l'impossibilité de son exécution du fait de la disparition de son objet, les parties pouvant convenir de la substitution d'un autre objet ou du versement de dommages-intérêts.
6. Dans tous les autres cas prévus par la loi.

Article 425. Résolution du contrat

1. En cas de violation du contrat par une partie, l'autre partie peut résoudre le contrat sans être tenue à réparation s'il résulte de l'accord des parties ou d'une disposition de la loi que la violation de ses obligations par une partie est une cause de résolution du contrat.
2. La partie qui résout le contrat doit informer l'autre partie sans délai ; si, à défaut d'une telle information, un préjudice est causé à l'autre partie, la partie qui a résolu le contrat est tenue à réparation.
3. Le contrat résolu est réputé n'avoir produit aucun effet depuis sa conclusion ; les parties doivent procéder à la restitution de ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre; si la restitution en nature est impossible, il doit y être procédé par équivalence pécuniaire.
4. La partie par la faute de laquelle le contrat a été résolu est tenue de réparer le préjudice causé.

Article 426. Résiliation unilatérale du contrat

1. Une partie peut résilier unilatéralement le contrat, si la résiliation unilatérale est prévue par la loi ou conventionnellement par les parties.

2. La partie qui a résilié unilatéralement le contrat doit informer l'autre partie sans délai; si, à défaut d'une telle information, un préjudice est causé à l'autre partie, la partie qui a résilié le contrat est tenue à réparation.

3. Le contrat qui a été résilié unilatéralement par une partie cesse de produire effet à compter du moment où l'autre partie a été informée de la résiliation. Les parties ne sont plus tenues d'exécuter leurs obligations respectives. La partie qui a exécuté son obligation peut demander à l'autre partie de payer les livraisons effectuées.

4. La partie par la faute de laquelle le contrat a été résilié unilatéralement est tenue de réparer le préjudice causé.

Article 427. Délai d'agir en justice pour les contrats civils

Le délai d'agir en justice pour demander au tribunal de régler les litiges nés des contrats civils est de 2 ans à compter de la date à laquelle les droits et les intérêts légitimes d'une personne physique, d'une personne morale ou de tout autre sujet de droit ont été violés.

Loi sur la propriété n°50/2005/QH11 du 29 novembre 2005

(traduite par la Maison du Droit Vietnamo-Française)

(extrait)

**PREMIERE PARTIE
DISPOSITIONS GENERALES**

Article 4. Définitions

Aux fins de la présente loi,

1. L'expression « droits de propriété intellectuelle » s'entend des droits dont jouit une personne physique ou morale sur ses œuvres de l'esprit, qui comprennent le droit d'auteur et ses droits connexes, les droits de propriété industrielle et les droits sur les obtentions végétales.
2. L'expression « droit d'auteur » s'entend des droits d'une personne physique ou morale sur un œuvre dont elle est auteur ou propriétaire.
3. L'expression « droits connexes du droit d'auteur » (désignés ci-après « droits connexes ») s'entend des droits d'une personne physique ou morale sur des interprétations ou exécutions, des phonogrammes ou vidéogrammes, des émissions de radiodiffusion ou des signaux de satellite porteurs de programmes cryptés.
4. L'expression « droits de propriété industrielle » s'entend des droits d'une personne physique ou morale sur une invention, un dessin ou modèle industriel, un schéma de configuration de circuits intégrés semi-conducteurs, une marque, un nom commercial, une indication géographique ou un secret commercial dont elle est auteur ou propriétaire, ainsi que du droit de s'opposer à la concurrence déloyale.
5. L'expression « droits sur les obtentions végétales » s'entend des droits d'une personne physique ou morale sur une variété végétale qu'elle a créée ou qu'elle a découverte et mise au point, ou dont elle jouit de la propriété.
6. L'expression « détenteur de droits de propriété intellectuelle » s'entend du titulaire de droits de propriété intellectuelle, ou de la personne à qui des droits de propriété intellectuelle ont été transférés par le titulaire.
7. L'expression « œuvres » s'entend de toute production du domaine littéraire, artistique et scientifique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression.
8. L'expression « œuvres dérivées » s'entend des traductions, adaptations, arrangements et autres transformations d'une œuvre originale, et des œuvres créées par la compilation, l'annotation ou la réunion d'œuvres.
9. L'expression « œuvres ou phonogrammes ou vidéogrammes publiés » s'entend des œuvres ou des phonogrammes ou des vidéogrammes édités avec le consentement des titulaires du droit d'auteur ou des droits connexes, en vue de la mise à disposition du public de leurs exemplaires en quantité suffisante.
10. L'expression « reproduction » s'entend de la réalisation d'un ou de plusieurs exemplaires d'un œuvre ou d'un phonogramme ou d'un vidéogramme, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, y compris la conservation permanente ou provisoire de l'œuvre sous forme électronique.

11. L'expression « radiodiffusion » s'entend de la transmission, soit sans fil, soit par fil, soit même par satellite, de sons ou/et d'images d'un œuvre, d'une exécution, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'une émission de radiodiffusion aux fins de réception par le public, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

12. L'expression « invention » s'entend d'un produit ou d'un procédé qui apporte une nouvelle solution technique à un problème en appliquant des lois naturelles.

13. L'expression « dessin ou modèle industriel » s'entend des configurations extérieures d'un produit exprimées par la forme, la texture, les linéaments, les couleurs ou la combinaison de ces éléments.

14. L'expression « circuit intégré semi-conducteur » s'entend d'un produit, sous sa forme finale ou sous une forme intermédiaire, dans lequel les éléments, dont l'un au moins est un élément actif, et tout ou partie des interconnexions font partie intégrante du corps ou de la surface d'une pièce de matériau semi-conducteur et qui est destiné à accomplir une fonction électronique. Le « circuit intégré » est synonyme de « IC », de « microprocesseur » et de « circuit microélectronique ».

15. L'expression « schéma de configuration d'un circuit intégré semi-conducteur » (désigné ci-après « schéma de configuration ») s'entend de la disposition tridimensionnelle des éléments et de ses interconnexions dans un circuit intégré semi-conducteur.

16. L'expression « marque » s'entend des signes servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.

17. L'expression « marque collective » s'entend d'une marque servant à distinguer les produits ou services des membres d'une organisation - propriétaire de cette marque, de ceux des non-membres.

18. L'expression « marque de certification » s'entend d'une marque dont le titulaire autorise d'autres personnes physiques ou morale à en faire usage pour leurs produits ou services afin de certifier les caractéristiques en matière d'origine, de matières premières, de matériau, de méthodes de la fabrication de produits ou de la prestation de services, de qualité, de précision et de sureté, ou autres caractéristiques des produits ou services désignés par la marque.

19. L'expression « marques associées » s'entend des marques identiques ou similaires qui sont déposées par un seul et même titulaire et s'appliquent aux produits ou services identiques ou similaires ou liés entre eux.

20. L'expression « marque notoire » s'entend d'une marque qui est généralement connue sur le territoire du Vietnam.

21. L'expression « nom commercial » s'entend d'une dénomination dont une personne physique ou morale fait usage dans ses activités commerciales afin de se distinguer des autres entités économiques opérant dans le même secteur et la même région commerciale.

La région commerciale visée par le présent paragraphe est une aire géographique dans laquelle l'entité économique a ses fournisseurs, sa clientèle ou de la réputation.

22. L'expression « indication géographique » s'entend de tout signe qui sert à identifier un produit comme étant originaire d'une région ou localité précise, d'un territoire ou pays déterminé.

23. L'expression « secret commercial » s'entend des informations obtenues d'activités d'investissement financier ou intellectuel, qui sont non-divulgués et susceptibles d'application dans les affaires.

24. L'expression « variété végétale » s'entend d'un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu qui, homogène sur la forme et stable à travers des cycles de reproductions ou de multiplications, peut être défini par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes, et distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un caractère héréditaire.

25. L'expression « titre de protection » s'entend d'un écrit délivré par une autorité publique compétente à une personne physique ou morale aux fins d'acquisition par cette dernière des droits de propriété industrielle sur une invention, un dessin ou modèle industriel, un schéma de configuration, une marque, une indication géographique, ou des droits sur les obtentions végétales.

TROISIEME PARTIE PROPRIETE INDUSTRIELLE

CHAPITRE VII CONDITIONS POUR LA PROTECTION AU TITRE DES DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

SECTION 4 CONDITIONS POUR LA PROTECTION DES MARQUES

Article 72. Conditions générales pour la protection des marques

Une marque pourra être protégée à condition:

1. qu'elle soit constituée de tout signe perceptible visuellement sous forme des lettres, des mots, des dessins, des images, y comprises les images tridimensionnelles, ainsi que de toute combinaison de ces signes, exprimés en une ou plusieurs couleurs; et
2. qu'elle soit propre à distinguer les produits ou les services de son titulaire de ceux d'autres personnes.

Article 73. Signes exclus de la protection à titre de marque

Sont exclus de la protection à titre de marque:

1. Les signes identiques ou similaires susceptibles d'entraîner une confusion avec les drapeaux et emblèmes d'État des pays;
2. Les signes identiques ou similaires susceptibles d'entraîner une confusion avec les armoiries, drapeaux et autres emblèmes, sigles et dénominations des organismes publics, des organisations politiques, des organisations sociopolitiques, des organisations à caractère politique, sociale et professionnelle, des organisations sociales, des organisations socioprofessionnelles du Vietnam, ainsi que des organisations internationales, à moins que leur utilisation ait obtenu l'autorisation des organismes ou organisations concernés;
3. Les signes identiques ou similaires susceptibles d'entraîner une confusion avec les autonomes, surnoms, pseudonymes ou images des leaders, des héros nationaux ou des hommes illustres du Vietnam ou d'autres pays;
4. Les signes identiques ou similaires susceptibles d'entraîner une confusion avec les poinçons officiels de contrôle et de garantie des organisations internationales qui en ont interdit l'utilisation par un tiers, à moins que ces poinçons aient déjà fait l'objet de l'enregistrement comme marque de certification à la requête des mêmes organisations;
5. Les signes dont l'usage est de nature à induire en erreur ou à tromper les consommateurs sur l'origine, la destination, l'utilité, la qualité, la valeur ou autres caractéristiques des produits ou services.

Article 74. Caractère distinctif des marques

1. Une marque sera considérée comme ayant caractère distinctif si elle est constituée d'un ou de plusieurs éléments faciles à reconnaître et retenir, ou d'une combinaison d'éléments facile à reconnaître et retenir, à l'exception des signes visés par le paragraphe 2 du présent article.

2. Est considérée comme dépourvue de caractère distinctif une marque constituée exclusivement des signes suivants:

a) les simples formes et figures de géométrie, chiffres, lettres, mots d'une langue inusuelle, à moins que de tels signes aient été généralement utilisés et reconnus à titre de marque;

b) les signes, symboles, dessins ou dénominations courantes du produit ou du service dans une langue usuelle et généralement connue;

c) les signes servant à désigner l'époque, le lieu et la méthode de la production, l'espèce, la quantité, la qualité, les propriétés, la composition, la destination, la valeur et d'autres caractéristiques descriptives du produit ou du service, à moins que de tels signes ait acquis du caractère distinctif par l'usage avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement de marque;

d) les signes servant à décrire la forme juridique et les activités commerciales d'une entité économique;

e) les signes servant à désigner la provenance géographique du produit ou du service, à moins que de tels signes aient été généralement utilisés et reconnus à titre d'une marque ou qu'ils aient fait l'objet de l'enregistrement d'une marque collective ou de certification conformément à la présente loi;

f) les signes qui ne constituent pas des marques associées qui sont identiques ou similaires susceptibles de créer une confusion avec une marque qui a été enregistrée pour des produits ou services identiques ou similaires, sur la base de la demande ayant la date de dépôt antérieure ou la date de priorité antérieure en cas de revendication de priorité, y comprises les demandes d'enregistrement de marque déposées en vertu des traités internationaux auxquels la République socialiste du Vietnam est partie;

g) les signes identiques ou similaires susceptibles de créer une confusion avec une marque qui a été généralement utilisée et reconnue pour des produits ou services identiques ou similaires avant la date de dépôt ou la date de priorité en cas de revendication de priorité;

h) les signes identiques ou similaires susceptibles de créer une confusion avec une marque qui a fait l'objet de l'enregistrement pour des produits ou services identiques ou similaires, si le certificat d'enregistrement de cette marque s'éteint il y a moins de cinq ans, à moins que l'extinction est due au défaut d'usage en application du point d) du paragraphe 1 de l'article 95 de la présente loi;

i) les signes identiques ou similaires susceptibles de créer une confusion avec une marque notoire d'autrui, dont l'enregistrement est demandé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux auxquels s'applique cette marque notoire, ou pour des produits ou des services non similaires, à condition que l'usage de tels signes risque d'affecter le caractère distinctif de la marque notoire ou que l'enregistrement demandé vise à profiter de la réputation de la marque notoire;

k) les signes identiques ou similaires à un nom commercial d'autrui, si l'utilisation de tels signes est de nature à créer une confusion sur l'origine des produits ou services;

l) les signes identiques ou similaires à une indication géographique protégée, si l'utilisation de tels signes est de nature à induire les consommateurs en erreur quant à l'origine géographique des produits ou services;

m) les signes qui sont identiques à une indication géographique identifiant des vins et des spiritueux, ou contiennent une telle indication ou constituent la traduction ou la transcription d'une telle indication, si l'enregistrement de tels signes est demandé pour des vins et des spiritueux qui ne sont pas originaires de l'aire géographique indiquée par l'indication géographique en question;

n) les signes qui sont identiques ou ne diffèrent pas notablement d'un dessin ou modèle protégé dans la mesure où la date de dépôt ou la date de la priorité revendiquée de la demande d'enregistrement de ce dessin ou modèle a précédé celles de la demande d'enregistrement de marque.

Article 75. Critères pour reconnaître une marque notoire

Les critères suivants sont pris en considération afin de déterminer si une marque est notoire:

1. Le nombre de consommateurs concernés, qui ont connu la marque par la vente, l'achat, l'utilisation des produits ou services auxquels la marque s'applique, ou par la publicité de la marque;
2. L'étendue territoriale où les produits ou services auxquels la marque s'applique sont autorisés à circuler;
3. Les chiffres d'affaires réalisées de la vente de produits ou de la prestation de services auxquels la marque s'applique, ou la quantité de ventes ou de prestations de ces produits ou services;
4. La durée de toute utilisation constante de la marque;
5. La réputation des produits ou services auxquels la marque s'applique;
6. Le nombre des pays où la marque est protégée;
7. Le nombre des pays où la marque est reconnue comme notoire;
8. Le prix de cession, prix de concession de licence pour utiliser la marque, la valeur de la marque en tant qu'apport en société.

SECTION 5

CONDITIONS POUR LA PROTECTION DES NOMS COMMERCIAUX

Article 76. Conditions générales pour la protection

Un nom commercial pourra être protégé s'il est susceptible de distinguer son titulaire des autres entités économiques dans un même secteur et une même région commerciale.

Article 77. Exclusion de la protection à titre de nom commercial

Ne sont pas protégées à titre de nom commercial les dénominations des organismes publics, des organisations politiques, des organisations sociopolitiques, des organisations à caractère politique, social et professionnel, des organisations sociales, des organisations socioprofessionnelles ou des autres entités qui n'opèrent pas dans le commerce.

Article 78. Caractère distinctif du nom commercial

Un nom commercial est considéré comme distinctif à condition:

1. qu'il contienne un nom propre, à moins que ce dernier ait été généralement connu par l'usage;

2. qu'il ne soit pas identique ou similaire susceptible de créer une confusion avec un nom commercial antérieurement utilisé dans le même secteur et dans la même région commerciale;
3. qu'il ne soit pas identique ou similaire susceptible de créer une confusion avec une marque ou une indication géographique qui ont été enregistrées pour la protection avant la date de son premier usage.

SECTION 7

CONDITIONS POUR LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX

Article 84. Conditions générales pour la protection

Un secret commercial pourra être protégé à condition:

1. qu'il ne soit pas généralement connu ni aisément accessible;
2. qu'il donne, au cours des opérations commerciales, à son détenteur un avantage par rapport aux personnes qui ne le détiennent pas ou ne l'utilisent pas;
3. qu'il ait fait l'objet des mesures adoptées par son propriétaire d'une manière à ce que ce secret commercial reste non-divulgué et non aisément accessibles.

Article 85. Exclusion de la protection à titre de secret commercial

Les renseignements confidentiels suivants ne sont pas protégés à titre de secret commercial:

1. les renseignements confidentiels liés à la personnalité;
2. les renseignements confidentiels liés à la gestion de l'État;
3. les renseignements confidentiels liés à la défense nationale ou à la sécurité nationale;
4. les autres renseignements confidentiels qui ne touchent pas au commerce.

CHAPITRE IX

TITULAIRES, CONTENU ET LIMITATIONS DES DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

SECTION 1

TITULAIRES ET CONTENU DES DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

Article 121. Titulaires des droits de propriété industrielle

1. Le titulaire d'une invention, d'un dessin ou modèle industriel, d'un schéma de configuration est la personne physique ou morale à qui l'autorité compétente a délivré le titre de protection des droits de propriété industrielle correspondants.

Le titulaire d'une marque est la personne physique ou morale à qui l'autorité compétente a délivré un titre de protection de marque, ou qui possède une marque ayant fait l'objet d'un enregistrement international déjà reconnu par l'autorité compétente ou une marque notoire.

2. Le titulaire d'un nom commercial est la personne physique ou morale qui en fait usage licitement au cours des opérations commerciales.

3. Le titulaire d'un secret commercial est la personne physique ou morale qui a obtenu de manière licite le secret commercial et adopté des mesures destinées à le garder secret. Les secrets commerciaux obtenus par un salarié ou par un cocontractant dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail ou d'une mission qui lui est confiée, relèvent de la propriété de l'employeur ou de la personne qui a confié la mission, sauf convention contraire entre les parties.

4. Le titulaire des indications géographiques du Vietnam est l'État.

L'État autorise l'utilisation d'une indication géographique aux personnes physiques ou morales qui se livrent à la fabrication des produits visés dans la localité correspondante et à leur commercialisation. L'État peut exercer directement le droit de gérer une indication géographique ou confier l'exercice de ce droit à l'organisation représentant toutes les personnes autorisées à utiliser cette indication géographique.

Article 125. Droit d'interdire l'utilisation des objets de la propriété industrielle

1. Les titulaires de droits de propriété industrielle et les personnes physiques ou morales à qui sont confiés le droit d'usage ou la gestion d'une indication géographique ont le droit d'empêcher l'utilisation par autrui des objets respectifs de la propriété industrielle si une telle utilisation n'est pas prévue dans les paragraphes 2 et 3 du présent article.

2. Les titulaires de droits de propriété industrielle et les personnes physiques ou morales à qui sont confiés le droit d'usage ou la gestion d'une indication géographique n'ont pas le droit d'interdire:

a) l'utilisation de l'invention, du dessin ou modèle industriel, du schéma de configuration dans un cadre privé ou dans un but non commercial ou à des fins d'analyse, d'évaluation, de recherche, d'enseignement, d'essai, d'expérimentation ou de recueil d'informations visant à demander l'autorisation pour la fabrication, l'importation et la circulation de produits;

b) la mise en circulation, l'importation, l'exploitation de produits licitement mis sur le marché, y compris les marchés extérieurs, à l'exception des produits qui n'ont pas été introduits sur un marché extérieur par le titulaire de la marque ou avec l'autorisation de celui-ci;

c) l'utilisation de l'invention, du dessin ou modèle industriel, du schéma de configuration dans le seul but de maintenir le fonctionnement de véhicules étrangers en transit ou temporairement situés sur le territoire du Vietnam;

d) l'utilisation de l'invention, du dessin ou modèle industriel par un usager antérieur conformément à l'article 134 de la présente loi;

e) l'utilisation de l'invention par une personne agréée par l'autorité publique compétente conformément aux articles 145 et 146 de la présente loi;

f) l'utilisation du schéma de configuration par un tiers qui n'a pas su ou n'a pas l'obligation de savoir que ce schéma est protégé;

g) l'utilisation d'une marque identique ou similaire à une indication géographique protégée si une telle marque a été admise de bonne foi à la protection avant la date du dépôt de la demande d'enregistrement de cette indication géographique;

h) l'utilisation loyale de noms propres des personnes, de signes descriptifs en ce qui concerne l'espèce, la quantité, la qualité, la destination, la valeur, l'origine géographique et d'autres caractéristiques des produits et services;

3. Les titulaires de secrets commerciaux n'ont pas le droit d'interdire l'accomplissement par autrui des actes suivants:

a) la divulgation, l'utilisation d'un secret commercial acquis en ne pas sachant ou n'ayant pas l'obligation de savoir qu'il a été obtenu de manière illicite par autrui;

b) la divulgation de données confidentielles afin de protéger le public en application du paragraphe 1 de l'article 128 de la présente loi;

c) l'utilisation à des fins non commerciales de données confidentielles prévues par l'article 128 de la présente loi;

- d) la divulgation, l'utilisation de secrets commerciaux établis d'une façon indépendante;
- e) la divulgation, l'utilisation d'un secret commercial dont l'établissement est dû à l'analyse ou l'évaluation des produits licitement distribués, sauf convention contraire entre l'analyste ou l'évaluateur et le titulaire du secret commercial en question ou le vendeur.

Article 127. Atteintes aux droits sur les secrets commerciaux

1. Les actes énumérés ci-après sont réputés portant atteinte aux droits sur les secrets commerciaux:

- a) l'accès aux renseignements constituant des secrets commerciaux ou l'acquisition de tels renseignements par un détournement des mesures de protection appliquées par la personne qui en a licitement le contrôle;
- b) la divulgation, l'utilisation de renseignements constituant des secrets commerciaux sans autorisation de leur titulaire;
- c) la violation de contrat de non-divulgation ou les pratiques telles que le dol, l'incitation, la corruption, la contrainte et l'abus de confiance, effectuées à l'égard de la personne ayant l'obligation de non-divulgation, afin d'avoir accès à des secrets commerciaux, d'en acquérir ou de les faire divulguer;
- d) l'accès aux renseignements constituant des secrets commerciaux soumis par une personne lors des procédures de demande d'autorisation de l'exercice d'activités commerciales ou d'approbation de la commercialisation de produits, ou l'acquisition de tels renseignements par un détournement des mesures adoptées par l'autorité compétente visant à les garder secrets;
- e) l'utilisation ou la divulgation d'un secret commercial par des tiers qui savaient ou auraient dû savoir que l'acquisition dudit secret impliquait l'une des pratiques prévues aux points a) à d) du présent paragraphe;
- f) l'inexécution de l'obligation de non-divulgation prévue à l'article 128 de la présente loi.

2. La personne qui a licitement le contrôle d'un secret commercial visée par le paragraphe 1 du présent article est le titulaire, la personne ayant licitement obtenu la licence de celui-ci, ou le gérant du secret commercial.

Article 129. Atteintes aux droits sur les marques, les noms commerciaux et les indications géographiques

1. Sont réputés portant atteinte aux droits sur une marque les actes suivants qui sont accomplis sans l'autorisation du propriétaire:

- a) l'utilisation d'un signe identique à la marque protégée pour des produits ou services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée;
- b) l'utilisation d'un signe identique à la marque protégée pour des produits ou services similaires ou relatifs à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée, si une telle utilisation est susceptible de créer une confusion sur l'origine des produits ou services;
- c) l'utilisation d'un signe similaire à la marque protégée pour des produits ou services identiques, similaires ou relatifs à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée, si une telle utilisation est susceptible de créer une confusion sur l'origine des produits ou services;
- d) l'utilisation d'un signe qui est identique ou similaire à une marque notoire ou qui constitue la traduction ou la translittération de celle-ci pour des produits ou services quelconques, y compris des produits ou services qui ne sont pas identiques ni similaires ni relatifs à ceux auxquels la marque notoire s'applique, si une telle utilisation risque de créer une confusion sur

l'origine des produits ou de suggérer dans l'esprit du public le lien entre l'utilisateur et le propriétaire de la marque notoire;

2. Toute utilisation d'indications commerciales identiques ou similaires à un nom commercial antérieur pour des produits ou services du même genre ou similaires, susceptibles de créer une confusion quant à l'entité économique, à l'entreprise et aux activités commerciales sous ce nom commercial, est réputée portant atteinte aux droits sur ledit nom commercial.

3. Les actes énumérés ci-après sont réputés portant atteinte aux droits sur les indications géographiques protégées:

a) l'utilisation de l'indication géographique protégée pour des produits qui, bien qu'originaires de l'aire géographique indiquée, ne satisfont pas aux critères en ce qui concerne les caractéristiques et la qualité particulière des produits visés par l'indication géographique;

b) l'utilisation de l'indication géographique protégée pour des produits similaires à ceux visés par l'indication géographique, en vue de profiter de la réputation et de celle-ci;

c) l'utilisation d'un signe identique ou similaire à l'indication géographique protégée pour des produits non originaires de l'aire géographique indiquée, de nature à donner à penser à tort aux consommateurs que ces produits sont originaires de cette aire géographique;

d) l'utilisation d'une indication géographique identifiant des vins pour des vins qui ne sont pas originaires du lieu indiqué par l'indication géographique en question, ou identifiant des spiritueux pour des spiritueux qui ne sont pas originaires du lieu indiqué par l'indication géographique en question, même dans les cas où la véritable origine du produit est indiquée ou dans ceux où l'indication géographique est employée en traduction ou accompagnée d'expressions telles que "genre", "type", "style", "imitation" ou autres.

Article 130. Acte de concurrence déloyale

1. Constitue un acte de concurrence déloyale:

a) l'utilisation d'indications commerciales entraînant une confusion sur l'entité économique, l'activité commerciale, la source commerciale des produits ou services;

b) l'utilisation d'indications commerciales entraînant une confusion sur l'origine, le mode de fabrication, l'aptitude à l'emploi, la qualité, la quantité ou d'autres caractéristiques des marchandises ou des services, ainsi que sur les conditions de fourniture de marchandises ou de services;

c) l'utilisation d'une marque protégée dans un pays membre d'un traité international qui interdit les utilisations d'une marque par l'agent ou le représentant du titulaire et auquel la République socialiste du Vietnam est également partie, si l'utilisateur est un agent ou un représentant du titulaire et qu'une telle utilisation est faite sans le consentement du titulaire ni justification légitime;

d) la demande d'enregistrement, la détention du droit d'usage ou l'usage par une personne d'un nom de domaine identique ou similaire de nature à créer une confusion avec une marque protégée, un nom commercial protégé d'autrui, ou une indication géographique dont elle n'a pas le droit d'usage, afin de détenir ce nom de domaine, tirant ainsi profit de la marque, du nom commercial ou de l'indication géographique en question ou portant préjudice à la renommé et à la réputation de ceux-ci.

2. Les indications commerciales prévues au paragraphe 1 du présent article comprennent des signes et informations d'ordre indicatif dans le commerce des biens ou des services, tels que les marques, noms commerciaux, logos et enseignes, slogans, indications géographiques, modèles d'emballage des produits et étiquettes.

3. Les utilisations d'indications commerciales visées par le paragraphe 1 du présent article comprennent l'apposition d'indications commerciales sur les produits ou leur emballage, les moyens de prestation de services, dans les papiers de commerce ou dans la publicité, la vente, la publicité aux fins de vente, la détention aux fins de vente et l'importation de produits portant ces indications commerciales.

SECTION 2 LIMITES DES DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

Article 132. Éléments limitant les droits de propriété industrielle

Conformément à la présente loi, les droits de propriété industrielle peuvent être limités par:

1. les droits de l'usager antérieur sur une invention, un dessin ou modèle industriel;
2. les obligations du titulaire, qui consistent à:
 - a) payer des rémunérations au créateur de l'invention, du dessin ou modèle industriel ou du schéma de configuration;
 - b) faire usage de l'invention, de la marque.
2. le transfert du droit d'usage d'une invention en vertu d'une décision de l'autorité publique compétente.

Article 136. Obligation de faire usage de l'invention ou de la marque

1. Le titulaire d'une invention a l'obligation de fabriquer du produit breveté ou d'appliquer le procédé breveté pour les besoins de la défense nationale, de la sécurité, de la santé publique et la nutrition des populations ou d'autres besoins d'urgence de la société. En cas d'inexécution de cette obligation pour les besoins prévus dans le présent paragraphe, l'autorité publique compétente peut transférer, sans autorisation du titulaire du titre, le droit d'exploiter cette invention à une autre personne en application des dispositions des articles 145 et 146 de la présente loi.

2. Le titulaire d'une marque a l'obligation d'en faire usage de manière continue. En cas de défaut d'usage pendant un délai interrompu de cinq ans ou plus, le droit de propriété sur cette marque s'éteint par l'application de l'article 95 de la présente loi.

CHAPITRE X TRANSFERT DES DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

SECTION 1 CESSION DES DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

Article 138. Dispositions générales sur la cession de droits de propriété industrielle

1. La cession des droits de propriété industrielle s'entend du fait pour le titulaire des droits de propriété industrielle de céder sa propriété à une autre personne physique ou morale.
2. La cession des droits de propriété industrielle doit être constatée par un contrat écrit (désigné ci-après "contrat de cession de droits de propriété industrielle").

Article 139. Restrictions à la cession de droits de propriété industrielle

1. Le titulaire d'un droit de propriété industrielle ne peut céder son droit dans les limites de la protection dont il jouit.
2. Les droits sur une indication géographiques sont incessibles.
3. Les droits sur un nom commercial ne peuvent être cédés qu'avec le fonds de commerce et les activités commerciales auxquels il est attaché.

4. La cession des droits sur une marque ne doit pas entraîner une erreur sur les caractéristiques et l'origine des produits ou services auxquels la marque s'applique.

5. Les droits sur une marque ne peuvent être cédés qu'aux personnes physiques ou morales réunissant toutes les conditions requises pour un titulaire du droit à l'enregistrement de cette marque.

Article 140. Contenu du contrat de cession de droits de propriété industrielle

Tout contrat de cession de droits de propriété industrielle doit comporter les éléments essentiels suivants:

1. Noms et adresses complètes du cédant et du cessionnaire;
2. Motif de la cession;
3. Prix de cession;
4. Droits et obligations des parties.

SECTION 2

CONCESSION DE LICENCES D'EXPLOITATION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Article 141. Dispositions générales sur la concession de licences d'exploitation de droits de propriété industrielle

1. La concession de licence d'exploitation de droits de propriété industrielle s'entend du fait pour le titulaire d'un droit de propriété industrielle d'autoriser une autre personne, physique ou morale, à exploiter l'objet de sa propriété industrielle.

2. La concession de licence pour l'exploitation de droits de propriété industrielle doit être constatée par contrat écrit (désigné ci-après "contrat de licence").

Article 142. Restrictions à la concession de licences d'exploitation

1. Le droit d'usage sur les indications géographiques et les noms commerciaux ne peut faire l'objet d'aucun contrat de licence.

2. Le droit d'usage d'une marque collective ne peut être transmis aux personnes physiques ou morales qui ne sont pas membres de la collectivité propriétaire de cette marque collective.

3. Un licencié ne peut accorder de sous-licence à un tiers sans l'autorisation du concédant.

4. Le licencié d'une marque est tenu d'indiquer sur ses produits et sur leur emballage que ces produits sont fabriqués sous licence de marque.

5. Le licencié d'une invention en vertu d'un contrat de licence exclusive a l'obligation d'exploiter cette invention conformément au paragraphe 1 de l'article 136 de la présente loi comme s'il était titulaire du brevet.

Article 143. Types de contrat de licence

Il existe les types suivants de contrat de licence:

1. La licence exclusive s'entend d'un contrat en vertu duquel dans les limites de la durée et du champ d'application de la licence, le licencié a le droit exclusif d'utiliser l'objet du droit de propriété industrielle, alors que le concédant ne doit pas accorder de licence pour l'utilisation du même objet à aucun tiers et qu'il ne peut exploiter cet objet qu'avec le consentement du licencié.

2. La licence non exclusive s'entend d'un contrat en vertu duquel dans les limites de la durée et du champ d'application de la licence, le concédant maintient ses droits d'utiliser l'objet du droit de propriété industrielle et d'accorder d'autres licences non exclusives pour l'exploitation du même objet.

3. La sous-licence s'entend d'un contrat en vertu duquel le concédant était lui-même le licencié dans un autre contrat de licence portant sur le même objet du droit de propriété industrielle.

Article 144. Contenu du contrat de licence

1. Tout contrat de licence pour l'exploitation de droits de propriété industrielle doit comporter les éléments essentiels suivants:

- a) Noms et adresses complètes du concédant et du licencié;
- b) Motif de la concession de licence;
- c) Type du contrat;
- d) Champ d'application de la licence, à savoir la portée du droit d'usage et les limitations territoriales;
- e) Durée de la licence;
- f) Prix de la licence;
- g) Droits et obligations du concédant et du licencié.

2. Il ne peut être prévu dans un contrat de licence les restrictions irraisonnables aux droits du licencié, dont notamment les restrictions suivantes qui ne résultent pas du droit du concédant:

- a) Interdire au licencié d'apporter des perfectionnements à l'objet du droit de propriété industrielle autre que marque; contraindre le licencié à transférer à titre gratuit au concédant les éventuels perfectionnements qu'il apportera à l'objet du droit de propriété industrielle, ou le droit à l'enregistrement de ces perfectionnements ainsi que les droits de propriété industrielle conférés par cet enregistrement;
- b) Limiter de manière directe ou indirecte l'exportation par le licencié de produits ou services fabriqués ou fournis sous licence à destination des autres territoires que celles où le concédant détient le droit de propriété industrielle en question ou a le droit exclusif d'importer de tels produits;
- c) Obliger le licencié à s'acquérir, auprès du concédant ou d'un tiers désigné par celui-ci, de la totalité ou d'une proportion déterminée de matières premières, de pièces attachés ou d'équipements dans un but autre que celui de s'assurer de la qualité des produits ou services fabriqués ou fournis sous licence;
- d) Interdire au licencié de contester la validité des droits de propriété industrielle ou du droit de concéder des licences.

3. Toute disposition contractuelle en violation du paragraphe 2 du présent article est nulle de plein droit.

Annexe 6

Loi n° 27/2004/QH 11 du 3 décembre 2004 sur la concurrence

(traduite par la Maison du Droit Vietnamo-Française)

(extrait)

Chapitre 1^{er}

DISPOSITIONS GENERALES

Article 3. Définitions

Aux fins de la présente loi :

1. L'expression « *marché en cause* » désigne tout à la fois le marché de produits en cause et le marché géographique en cause.

Le marché de produits en cause désigne celui des produits ou services substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

Le marché géographique en cause s'entend d'une zone géographique déterminée où des produits ou services peuvent se substituer les uns aux autres dans des conditions de concurrence suffisamment homogènes, lesquelles ayant des différences considérables par rapport à celles dans les zones géographiques voisines.

2. L'expression « *association professionnelle* » s'entend d'une association de producteurs ou de commerçants représentant un secteur, ou d'un ordre professionnel.

3. L'expression « *pratiques restrictives de concurrence* » s'entend des actes de nature à restreindre, à fausser ou à entraver la concurrence sur le marché. Elle comprend les ententes restrictives de concurrence, les abus d'une position dominante ou d'une situation de monopole, et les opérations de concentration économique.

4. L'expression "*pratiques de concurrence déloyale*" s'entend des actes de l'entreprise dans le cadre de ses activités commerciales, qui sont contraires aux normes habituelles de déontologie commerciale et qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'Etat, aux droits et intérêts légitimes d'autres entreprises ou des consommateurs.

5. L'expression "*part de marché*" d'une entreprise pour une catégorie de produit ou de service déterminée s'entend soit du pourcentage entre le chiffre d'affaires de ladite entreprise et le chiffre d'affaires total de l'ensemble des entreprises commercialisant, sur le marché en cause, la même catégorie de produit ou de service ; soit du pourcentage entre le montant des achats de ladite entreprise et le montant total des achats effectués par l'ensemble des entreprises commercialisant, sur le marché en cause, la même catégorie de produit ou de service; ledit pourcentage étant établi mensuellement, trimestriellement et annuellement.

6. L'expression "*parts de marché cumulées*" s'entend du total des parts de marché détenues sur le marché en cause par les entreprises participant à une entente ou à une opération de concentration économique.

7. L'expression "*coût de revient total*" d'un produit ou d'un service comprend :

- a) Le prix de production du produit, du service ; le prix d'achat des marchandises;
- b) Les dépenses pour la distribution dudit produit ou dudit service aux consommateurs.

8. L'expression "*affaire de concurrence*" s'entend d'une affaire comportant les indices d'une violation des dispositions de la présente Loi, et qui est instruite, traitée par les organes d'Etat compétents conformément aux dispositions de la présente loi.

9. L'expression "*procédure en matière de concurrence*" s'entend des activités exercées par les organismes publics, les organisations et particuliers conformément aux procédures et formalités de règlement des affaires de concurrence prévues par la présente Loi.

10. L'expression "*secret d'affaires*" s'entend d'une information réunissant les conditions suivantes :

- a) Elle ne fait pas partie de la connaissance générale ;
- b) Elle a une application certaine dans les affaires et peut, une fois qu'elle est utilisée, avantager son détenteur par rapport à ceux qui ne l'ont pas ou ne l'utilisent pas ;
- c) Elle est protégée par son détenteur par des procédés nécessaires pour la rendre difficilement accessible et pour qu'elle ne soit pas divulguée.

11. L'expression "*vente directe à plusieurs niveaux*" s'entend d'une méthode de vente en détail répondant aux caractéristiques suivantes :

- a) la vente se fait via un réseau des intermédiaires se situant à différents niveaux, à différentes branches ;
- b) les produits sont présentés par les intermédiaires directement aux consommateurs au domicile ou au lieu de travail de ces derniers, ou à tout autre endroit qui n'est pas le lieu de vente en détail habituel de l'entreprise ou des intermédiaires ;
- c) Chaque intermédiaire bénéficie de la part de l'entreprise d'une commission, d'une prime ou d'un autre avantage économique en fonction de ses résultats de vente, ou des résultats réalisés par les membres d'un réseau de distribution organisé par lui et agréé par l'entreprise.

Article 5. Application de la loi sur la concurrence, des textes afférents et des traités internationaux

1. En cas de différence entre les dispositions de la présente Loi et celles d'autres lois relatives aux pratiques restrictives de concurrence, aux pratiques de concurrence déloyale, les dispositions de la présente Loi prévaudront.

2. En cas de différence entre les dispositions de la présente Loi et celles des traités internationaux dont le Vietnam est partie signataire ou auxquels il adhère, ces derniers prévaudront.

Chapitre II

CONTROLE DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

SECTION 1. DES ENTENTES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Article 8. Typologie des ententes restrictives de concurrence

Sont réputées restrictives de concurrence les ententes tendant à :

1. Fixer de manière directe ou indirecte les prix des produits ou des services ;
2. Répartir les marchés de consommation ou les sources d'approvisionnement ;

3. Limiter ou contrôler le volume des productions, des achats ou des ventes de marchandises ou de prestations de services ;
4. Limiter le progrès technique et technologique ou les investissements ;
5. Subordonner la conclusion avec d'autres entreprises d'un contrat de vente de marchandises ou de prestation de services à des conditions ou des obligations qui ne sont pas directement liées à l'objet du contrat ;
6. Entraver ou limiter l'accès au marché par d'autres entreprises ou le développement de celles-ci ;
7. Exclure du marché les entreprises qui ne sont pas parties à l'entente ;
8. Favoriser un ou plusieurs adjudicataires parties à l'entente pour la fourniture de marchandises ou de services.

Article 9. Ententes prohibées

1. Sont prohibées les ententes visées aux paragraphes 6 à 8 de l'article 8 de la présente Loi.
2. Sont prohibées les ententes visées aux paragraphes 1 à 5 de l'article 8 de la présente Loi si les parts de marché cumulées des parties à l'entente sont égales ou supérieures à 30% du marché en cause.

Article 10. Exemptions appliquées aux ententes prohibées

1. Les ententes visées au paragraphe 2 de l'article 9 de la présente loi bénéficieront d'une exemption à durée déterminée si, dans le but de baisser le prix de revient au bénéfice des consommateurs, elles tendent à:
 - a) Rationaliser l'organisation, la structure de la production et de la distribution, et élever la rentabilité ;
 - b) Promouvoir le progrès technique et technologique, améliorer la qualité des produits ou services ;
 - c) Promouvoir l'application uniforme des normes de qualité et technique des catégories de produits;
 - d) Uniformiser les conditions de commercialisation, de livraison, de paiement sans affecter le prix et ses éléments; ou
 - e) Améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises ;
 - f) Améliorer la compétitivité des entreprises vietnamiennes sur le marché international.
2. La procédure, les formalités et la durée d'exemption sont prévues à la section IV du présent Chapitre.

SECTION 2. ABUS DE POSITION DOMINANTE ET DE MONOPOLE

Article 11. Entreprise, groupe d'entreprises occupant une position dominante

1. Est réputée occuper une position dominante toute entreprise détenant une part de marché égale ou supérieure à 30% sur le marché en cause ou ayant la capacité de limiter de manière sensible la concurrence.
2. Est réputé occuper une position dominante sur le marché tout groupe d'entreprises qui réalise des actions visant à restreindre la concurrence et qui relève de l'un des cas suivants :

- a) deux entreprises détenant ensemble une part égale ou supérieure à 50% sur le marché en cause ;
- b) trois entreprises détenant ensemble une part égale ou supérieure à 65% sur le marché en cause ;
- c) quatre entreprises détenant ensemble une part égale ou supérieure à 75% sur le marché en cause.

Article 12. Entreprise occupant une position de monopole

Une entreprise est réputée occuper une position de monopole lorsqu'elle n'a pas de concurrent pour les produits ou services qu'elle commercialise sur le marché en cause.

Article 13. Pratiques abusives de position dominante prohibées

Il est interdit aux entreprises et groupes d'entreprises occupant une position dominante d'exercer les actes suivants :

1. Appliquer un prix de vente inférieur au coût de revient total afin d'éliminer les concurrents ;
2. Imposer des prix de vente ou d'achat déraisonnables ou fixer des prix de revente minimaux, causant ainsi des préjudices aux clients ;
3. Limiter la production ou la distribution des produits et services, restreindre les marchés ou entraver le progrès technique et technologique, causant ainsi des préjudices aux clients ;
4. Imposer les conditions commerciales différentes aux transactions identiques afin de créer l'inégalité dans la concurrence ;
5. Subordonner la conclusion avec d'autres entreprises du contrat de vente ou d'achat de marchandises ou de services à des conditions ou des obligations qui ne sont pas directement liées à l'objet du contrat ;
6. Entraver l'accès au marché par de nouveaux concurrents.

Article 14. Pratiques abusives de la position de monopole prohibées

Il est interdit aux entreprises détenant une position de monopole d'effectuer les actes suivants :

1. Ceux mentionnés à l'article 13 de la présente loi ;
2. Imposer aux clients des conditions défavorables ;
3. Abuser de la position de monopole pour modifier ou rompre de manière unilatérale et injustifiée un contrat.

Article 15. Contrôle des entreprises opérant dans les secteurs relevant du monopole de l'Etat et des entreprises fournissant des produits ou services d'utilité publique

1. A l'égard des entreprises opérant dans les secteurs relevant du monopole de l'Etat, l'Etat exerce son contrôle par les mesures suivantes:
 - a. Fixer les prix d'achat ou de vente de produits ou de services relevant du monopole de l'Etat;
 - b. Fixer le volume de la production ou l'étendue du marché des produits ou des services qui relèvent du monopole de l'Etat.
2. Pour le cas des entreprises fournissant des produits ou services d'utilité publique, l'Etat les contrôle en leur faisant des commandes, leur attribuant des plans d'activités ou en organisant des appels d'offres selon les prix ou frais réglementés par l'Etat.

3. Lorsqu'une entreprise exerce des activités qui ne relèvent pas du monopole de l'Etat et fournit des produits et services d'utilité publique, elle n'est pas soumise aux dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article ; les autres dispositions de la présente Loi lui restent applicables.

Chapitre III

DE LA CONCURRENCE DELOYALE

Article 39. Pratiques de concurrence déloyale

Aux fins de la présente loi, les pratiques de concurrence déloyale sont celles consistant à :

1. Utiliser des indications entraînant une confusion ;
2. Porter atteinte aux secrets d'affaires ;
3. Réaliser des actes de contrainte dans les relations d'affaires ;
4. Dénigrer les concurrents ;
5. Désorganiser les activités d'autres entreprises ;
6. Faire des publicités en vue d'une concurrence déloyale ;
7. Faire des promotions en vue d'une concurrence déloyale ;
8. Faire des discriminations entre membres d'une association ;
9. Mettre en place la vente directe à plusieurs niveaux illicite ;
10. Réaliser d'autres actes qui répondent aux critères mentionnés au paragraphe 4 de l'article 3 de la présente Loi et qui sont déterminés par le Gouvernement.

Article 40. Utilisation des indications commerciales entraînant une confusion

1. Il est interdit aux entreprises d'utiliser, dans le but d'exercer la concurrence, des indications provoquant une confusion concernant le nom commercial, les slogans, les logos et enseignes, les indications géographiques et les autres éléments, déterminés par le Gouvernement.

2. Il est interdit aux entreprises de faire du commerce des produits ou des services portant des indications provoquant une confusion prévue au paragraphe premier du présent article.

Article 41. Atteintes aux secrets d'affaires

Il est interdit à toute entreprise de réaliser les actes suivants :

1. S'appropriier des informations classées « secrets d'affaires » par un détournement des mesures de protection appliquées par le propriétaire légitime de ces informations ;
2. Divulguer, utiliser des informations classées « secrets d'affaires » sans autorisation de leur propriétaire ;
3. Violer le contrat de confidentialité des informations classées « secrets d'affaires », abuser la confiance de la personne chargée d'une telle confidentialité afin de s'approprier de ces informations et de les divulguer ;
4. S'appropriier des informations classées « secrets d'affaires » d'une autre personne lorsque cette dernière effectue les formalités en vertu des dispositions relatives à l'exercice d'activités commerciales ou à l'écoulement de produits, ou par un détournement des mesures de protection mises en œuvre par les administrations ; utiliser ces informations à des fins

commerciales ou dans le but d'obtenir des autorisations relatives à l'exercice d'activités commerciales ou à l'écoulement de produits.

Article 42. Contrainte dans les relations d'affaires

Il est interdit à toute entreprise de recourir à des actes de violence ou de contrainte afin d'obliger les clients et les partenaires d'une autre entreprise à ne pas contracter ou à interrompre leurs relations contractuelles avec cette dernière.

Article 43. Dénigrement des concurrents

Il est interdit à toute entreprise de dénigrer une autre entreprise en recourant à la diffusion directe ou indirecte des informations inexactes et malhonnêtes qui ont pour effet de nuire à la réputation, à la situation financière ou aux activités commerciales de cette autre entreprise.

Article 44. Désorganisation de l'activité d'une autre entreprise

Il est interdit à toute entreprise de troubler les activités régulières d'une autre entreprise par des actes visant à entraver ou à troubler, directement ou indirectement, les activités de cette dernière.

Article 45. Publicités en vue d'une concurrence déloyale

Il est interdit à toute entreprise d'effectuer les publicités consistant à :

1. Comparer ses produits ou ses services aux produits ou services similaires d'une autre entreprise ;
2. Imiter un produit publicitaire afin d'induire en erreur les clients ;
3. Fournir aux clients des informations frauduleuses ou provoquant une confusion concernant :
 - a) Le prix, la quantité, la qualité, l'utilité, le modèle, la catégorie, l'emballage, la date de production, la durée d'utilisation, la provenance de marchandises, le producteur, le lieu de production, le façonneur, le lieu de façonnage; ou
 - b) Le mode d'emploi, le mode de prestation de service, le délai de garantie ; ou
 - c) Toute autre information frauduleuse ou provoquant une confusion.
4. Procéder aux autres activités de publicité prohibées par les lois et règlements.

Article 46. Promotions en vue d'une concurrence déloyale

Il est interdit à toute entreprise d'exercer, dans le but d'une concurrence déloyale, les actions consistant à :

1. Réaliser des promotions avec primes frauduleuses ;
2. Réaliser des promotions malhonnêtes ou de nature à induire les clients en erreur sur les produits ou services ;
3. Appliquer, dans le cadre d'une campagne de promotion, des conditions de promotion discriminatoires aux clients similaires de différentes zones géographiques.
4. Offrir gratuitement aux clients des produits pour une utilisation à essai, en leur demandant de donner en contrepartie des marchandises de la même catégorie produites par une autre entreprise et utilisées par eux.
5. Réaliser toute autre forme de promotion prohibée par les lois et règlements.

Article 47. Pratiques discriminatoires d'une association professionnelle

Il est interdit à toute association professionnelle :

1. De refuser l'adhésion ou la sortie de toute entreprise qui satisfait aux conditions requises, si ce refus présente un caractère discriminatoire et rend défavorable la position concurrentielle de l'entreprise en question ;
2. De limiter de manière déraisonnable les activités de production, de commerce ou toutes autres activités liées à l'objectif commercial de ses entreprises membres.

Article 48. Vente directe à plusieurs niveaux illicite

Il est interdit à toute entreprise de recourir, dans le but de tirer des profits illégitimes du recrutement d'intermédiaires aux réseaux de vente directe à plusieurs niveaux, aux actions suivantes :

1. Subordonner l'adhésion aux réseaux de vente au versement d'une caution, à l'achat d'une certaine quantité de produits ou au paiement d'une somme d'argent;
2. Ne pas s'engager à racheter des produits à un prix égal ou supérieur à 90% du prix de vente initial que les adhérents aux réseaux de vente ont dû payer;
3. Verser aux adhérents des commissions, primes et/ou autres intérêts économiques essentiellement dus à la persuasion de l'adhésion au réseau de nouveaux membres;
4. Fournir des informations frauduleuses relatives à l'intérêt de l'adhésion aux réseaux de vente, des informations inexacts relatives à la nature et à l'utilité des produits afin de persuader d'autres personnes à adhérer au réseau.

SECTION 8

SANCTION DES VIOLATIONS DE LA LEGISLATION SUR LA CONCURRENCE

Article 117. Typologie des sanctions et des mesures réparatrices

1. Pour chaque acte de violation de la législation sur la concurrence, son auteur se voit infliger l'une des sanctions principales suivantes :

- a) Avertissement;
- b) Amende;

2. En fonction de la nature et de la gravité de la violation, son auteur peut se voir appliquer en outre l'une des sanctions accessoires suivantes :

- a) Retrait du Certificat d'immatriculation au registre du commerce, privation du droit d'usage de l'autorisation ou du certificat d'exercice de la profession;
- b) Confiscation des pièces à conviction et des moyens ayant servi à la commission des infractions en matière de concurrence.

3. Outre les sanctions prévues aux paragraphes 1 et 2 du présent article, l'auteur de la violation peut se voir appliquer l'une des mesures réparatrices suivantes :

- a) Restructuration de l'entreprise ayant abusé de sa position dominante;
- b) Scission ou détachement de l'entreprise résultant d'une opération de fusion par absorption ou par création d'entreprise nouvelle; revente de la part de l'entreprise achetée;
- c) Rectifications publiques;
- d) Exclusion des clauses illicites dans le contrat ou dans les transactions;

e) D'autres mesures nécessaires pour remédier aux effets restrictifs de la concurrence.

Lorsque la violation porte préjudice aux intérêts de l'Etat ou de toute autre personne physique ou morale, son auteur doit réparer les dommages causés conformément aux dispositions légales.

Article 118. Montant de l'amende en matière de concurrence

1. L'autorité compétente pour prononcer des sanctions en matière de concurrence peut prononcer une amende maximale de 10% du montant total du chiffre d'affaires de l'année d'exercice précédant celle de la commission de l'acte prohibé en matière d'entente restrictive de la concurrence, d'abus de position dominante, d'abus de monopole ou de concentration économique.

2. En ce qui concerne les infractions en matière de concurrence déloyale et tout autre acte qui est commis en violation de la présente loi mais qui ne relève pas de l'un des cas prévus au paragraphe 1 ci-dessus, l'autorité compétente pour prononcer des sanctions procède à la mise en œuvre de l'amende conformément à la législation relative aux sanctions administratives ou aux textes normatifs concernés.

3. Le Gouvernement réglemente de manière précise le montant des amendes appliquées à l'encontre des violations de la présente loi.

Article 119. Compétence pour décider des sanctions en matière de concurrence

1. La Commission chargée du règlement de l'affaire de concurrence et le Conseil de la concurrence sont habilités à:

a) Prononcer un avertissement;

b) Prononcer une amende conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 118 de la présente loi;

c) Procéder à la confiscation des pièces à conviction et des moyens ayant servi à la commission des violations en matière de concurrence;

d) Appliquer les mesures prévues aux points c, d, e du paragraphe 3 de l'article 117 de la présente loi;

e) Demander à l'autorité publique compétente le retrait du Certificat d'immatriculation au registre du commerce ou la privation du droit d'usage de l'autorisation ou du certificat d'exercice de la profession;

f) Demander à l'autorité publique compétente d'appliquer les sanctions prévues aux points a et b du paragraphe 3 de l'article 117 de la présente loi.

2. L'autorité de la concurrence est habilitée à appliquer les sanctions et mesures prévues aux paragraphes 1.a, 2.b, 3.c de l'article 117 et au paragraphe 2 de l'article 118 de la présente loi.

3. En ce qui concerne les violations des dispositions relatives à la concurrence déloyale qui concernent les droits de propriété intellectuelle, les autorités publiques compétentes pour prononcer des sanctions sont celles prévues par la législation sur les sanctions administratives.

Article 120. Sanction des violations commises par les cadres et fonctionnaires

Tout cadre ou fonctionnaire ayant commis une violation de la législation sur la concurrence fera l'objet, en fonction de la nature et de la gravité de l'acte de violation, d'une sanction disciplinaire ou d'une poursuite pénale et sera tenu de réparer les dommages causés, s'il y a lieu, conformément aux dispositions légales.

Article 121. Exécution de la décision tranchant l'affaire de concurrence

1. Si, dans un délai de 30 jours à compter du jour où la décision tranchant l'affaire de concurrence produit effets, la partie condamnée n'a pas exécuté volontairement ladite décision, ni intenté une action en justice conformément aux dispositions de la section 7 de la présente loi, la partie bénéficiaire de l'exécution de la décision tranchant l'affaire de concurrence peut demander par écrit à l'autorité publique compétente de mettre à exécution ladite décision dans la limite de ses missions et attributions.

Lorsque la décision tranchant l'affaire de concurrence met en cause les biens de la partie tenue à l'exécution de ladite décision, la partie adverse peut demander au service chargé de l'exécution des jugements de la province du lieu de siège, de résidence ou de situation des biens de la partie tenue à l'exécution de la décision tranchant l'affaire de concurrence, de mettre à exécution ladite décision.

Bibliographie

Document en vietnamien

Ouvrage généraux et manuels, ouvrage spéciaux et thèses

PHAM Duy Nghia :

- *Droit commercial (Giáo trình luật kinh tế)*, Công an nhân dân, 2009.
- *Les influences positives du Confucianisme sur le Droit (Pháp luật và những điểm tích cực của Nho giáo)*, éd. Justice, 2004.

DO Van Dai :

- *Le droit vietnamien du contrat - Arrêts et leurs commentaires (Luật hợp đồng Việt Nam-Bản án và bình luận bản án)*, 2^{ème} éd. 2009 et 3^{ème} éd. 2011, Chính trị quốc gia.
- *Le droit vietnamien des obligations et des sûretés - Arrêts et leurs commentaires (Pháp luật về nghĩa vụ dân sự và bảo đảm nghĩa vụ dân sự- Bản án và Bình luận bản án)*, éd. Chính trị quốc gia, 2012.

LE Minh Hung :

- *La validité du contrat en droit vietnamien (Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam)*, th. Université du droit de Hochiminh-ville, 2010.

LE Thi Bích Tho :

- *De la nullité du contrat économique (Về sự vô hiệu của hợp đồng kinh tế)*, éd. Chính trị quốc gia, Hanoi, 2004.

LY Quy Trung :

- *Franchise ou la clé de la réussite (Franchise, bí quyết thành công bằng mô hình nhượng quyền kinh doanh)*, éd. Trè, 2005.
- *Achat de franchise ou une nouvelle opportunité pour les entreprises vietnamiennes (Mua franchise, cơ hội mới cho các doanh nghiệp Việt Nam)*, éd. Trè, 2008.

P. N. NICOLINO :

- *Quản trị thương hiệu (The complete idiot's guide to brand management)*, traduit par NGUYEN Minh Khoi, éd. Lao dong-Xa hoi, 2010.

NGUYEN Khanh Trung :

- *Franchise, la choisir ou la refuser ? (Franchise, chọn hay không ?)*, éd. Presse universitaire nationale de Hochiminh-ville, 2008.

NGUYEN Van Thoan :

- *La conclusion et l'exécution des contrats électroniques dans le contexte de l'intégration économique internationale du Vietnam (Ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế)*, th. Hanoi 2010.

TROUT (J.) et SVIKIN (S.) :

- *Differentiate or Die. Survival in Our Era of Killer Competition*, John Wiley & Sons, Inc. 2008.

VU Dang Hai Yen :

- *Le droit de la franchise dans le contexte de l'économie du marché au Vietnam (Những vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật về nhượng quyền thương mại trong nền kinh tế thị trường ở Việt Nam)*, th. Université du Droit de Hanoi, 2008.

Articles

BUI Ngoc Cuong :

- « Hoàn thiện khung pháp lý về nhượng quyền thương mại » (Pour le perfectionnement de l'encadrement juridique en matière de franchise), Rev. Etudes législatives, n° 103, août 2010.

BUI Thi Thanh Hang et DO Giang Nam :

- « La vitalité du Code civil vietnamien. Regards croisés avec les codes civils français, allemand et hollandais » (Sức sống của Bộ luật Dân sự Việt Nam từ góc nhìn so sánh với Bộ luật Dân sự Pháp, Đức, Hà Lan), Rev. Etudes Législatives, mars 2011.

DO Van Dai :

- « La résolution et la résiliation du contrat pour faute en droit civil vietnamien » (Vấn đề hủy bỏ, đình chỉ hợp đồng do bị vi phạm trong luật dân sự Việt Nam), Rev. Science juridique, n° 3, sept. 2004.
- « Le contenu du contrat dans les transactions civiles » (Nội dung của hợp đồng trong giao dịch dân sự), Revue des Etudes Législatives, n° 2, 2006.
- « Contravention essentielle du contrat » (Vi phạm cơ bản hợp đồng), Revue Etudes Législatives, n° 9, 2004.
- « L'exécution des contrats tombés en nullité » (Thực hiện hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu), Rev. « Science juridique », n° 5/2006.
- « L'obligation d'information en droit vietnamien des contrats » (Nghĩa vụ cung cấp thông tin trong pháp luật hợp đồng Việt Nam), Rev. Etat et Droit, 2007.
- « La résolution du contrat pour inexécution au Vietnam », Revue des tribunaux, n° 1/2009.

DUONG Anh Son :

- « Loi commerciale : quelques propositions pour la réforme », Rev. Etudes Législatives, n° 6, 2004.
- « Bases théoriques et pratiques d'une régulation juridique des contraventions anticipées » (Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc điều chỉnh bằng pháp luật đối với vi phạm hợp đồng khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ), Rev. Etudes Législatives, n° 4/2006.
- « Các quy định của Bộ luật dân sự 2005 về chào hàng và chấp nhận chào hàng- nhìn từ góc độ luật học so sánh » (Les dispositions sur l'offre et sur l'acceptation de l'offre dans le Code civil 2005- étude comparative), Rev. « Science juridique », n° 6, 2006.

HOANG Thi Thanh Thuy :

- « Les clauses de confidentialité et de non-concurrence dans le contrat de franchise » (Điều khoản bảo mật thông tin và điều khoản cấm cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại), Jurisprudence Rev. févr. 2011.

MAI Phuong :

- « L'implantation spectaculaire des grandes marques étrangères au Vietnam » (Các thương hiệu nước ngoài tại Việt Nam : Cuộc đổ bộ ngoạn mục với nhiều ưu thế), Vietnam Economic News, 31 janv. 2011.

NGO Huy Cuong :

- « Obligation civile et la conception vietnamienne en la matière » (Nghĩa vụ dân sự và quan niệm về nghĩa vụ dân sự ở Việt Nam), Etudes législative, n° 121, avr. 2008.

- « Du consentement dans le contrat » (Về yếu tố ưng thuận của hợp đồng), Rev. Etudes législatives, 2009.
- « Quelques commentaires sur le droit des sociétés privées » (Vài bình luận về pháp luật doanh nghiệp tư nhân), rev. Luật học (Jurisprudence law), n° 26, 2010, pp. 24-33.

NGOC Quang :

- « Franchise et la concession de marque » (Franchise: nhượng quyền thương hiệu), Lantabrand, 1^{er} janv. 2005.

NGUYEN Ba Binh :

- « Le document d'information précontractuelle en droit vietnamien » (Bản giới thiệu nhượng quyền thương mại theo quy định của pháp luật Việt Nam), Rev. Etudes législatives, n° 163, 2010.

NGUYEN Minh Hang :

- « La formation du contrat électronique et du contrat traditionnel- les différences » (Giao kết hợp đồng điện tử và giao kết hợp đồng truyền thống- những vấn đề khác biệt), Rev. Commerce Extérieur, n° 18/2006.
- « L'application de la bonne foi dans le règlement des différends au Vietnam » (Áp dụng nguyên tắc thiện chí và trung thực để giải quyết tranh chấp tại Việt Nam), Rev. Commerce Extérieur, 2007, n° 26.
- « La bonne foi - principe fondamental du droit des contrats » (Nguyên tắc thiện chí và trung thực- nguyên tắc cơ bản trong pháp luật về hợp đồng), Rev. Commerce Extérieur, n° 24/2007.
- « Quelques réflexions sur la notion de contravention essentielle dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises » (Bàn về khái niệm vi phạm cơ bản trong Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế), Rev. Commerce Extérieur, n° 14/2005.
- « Une certaine souplesse pour la clause de prix » (Ký kết hợp đồng : Linh hoạt điều khoản giá), Forum des entreprises, déc. 2009.
- « La révision du prix » (Điều chỉnh giá trong hợp đồng), Forum des entreprises, déc. 2009.

NGUYEN Ngoc Son :

- « L'imposition du prix de revente aux dépens du consommateur » (Hành vi ấn định giá bán lại gây thiệt hại cho khách hàng), Rev. Etudes législatives, sept. 2005.

NGUYEN Nhu Quynh :

- « A propos de « la marque » et « l'image de marque » » (Bàn thêm về thuật ngữ « Nhân hiệu hàng hóa » và « Thương hiệu »), Rev. Démocratie et Droit, 2008.

NGUYEN Quang Tung :

- « La distribution sélective au Vietnam », in « Les nouvelles formes de la distribution au Vietnam », Hanoi, oct. 2010.

NGUYEN Tan :

- « Codification, pourquoi pas ? » (Pháp điển hóa, tại sao không ?), Rev. Saigon Economic Times, sept. 2009.

NGUYEN Thanh Tu :

- « L'imposition du prix de revente en droit de concurrence vietnamien » (Hành vi ấn định giá bán lại theo pháp luật Việt Nam), Rev. Etudes législatives, déc. 2008.

- « Les contrats de franchises sous l'angle du droit de la concurrence » (Nhượng quyền thương mại dưới góc độ pháp luật cạnh tranh), Rev. Etudes législatives, n° 19, sept. 2009.

NGUYEN Thai Mai :

- « En vue du perfectionnement de l'encadrement juridique dans le domaine de la protection du savoir-faire » (Hoàn thiện pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với bí mật kinh doanh), Rev. Etudes législatives, 2 nov. 2009.

NGUYEN Thi Hong Van :

- « Les ententes restrictives de concurrence dans les contrats de franchise » (Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại), Rev. Etudes législatives, mars 2011.

NGUYEN Van Nam :

- « Le décret d'application est plus important que la loi » (Nghị định hướng dẫn quan trọng hơn luật), Rev. Saigon Economic Times, juill. 2009.

NGUYEN Vinh :

- « Les Vingt marques mondiales les plus performantes » (Hai mươi thương hiệu đắt giá nhất hành tinh), Vietnam Economic Time, 2 août 2010.

NGUYEN Viet Khoa :

- « Les sanctions des violations contractuelles selon la loi commerciale de 2005 » (Chế tài phạt vi phạm hợp đồng Luật Thương mại năm 2005), Rev. Etudes législatives, n° 200, août 2011.

PHAM Hoang Giang :

- « Du principe de la liberté contractuelle au principe d'égalité » (Sự phát triển của pháp luật hợp đồng từ nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng đến nguyên tắc công bằng), Revue « L'Etat et le droit », n° 10, 2006.

PHAM Sy Hai Quynh :

- « Les fondements de l'obligation d'information dans les contrats d'assurance » (Cơ sở hình thành nghĩa vụ cung cấp thông tin trong hợp đồng bảo hiểm), Rev. Science juridique, n° 3, 2004.

PHAM The Vinh :

- « La Franchise dans le domaine de comptable et de fiscalité : une méthode d'internationaliser la qualité des services (Nhượng quyền trong lĩnh vực kế toán thuế : một phương pháp quốc tế hóa chất lượng dịch vụ) », Forum des entreprises, 2005.

PHAM Thi Thu Ha :

- « La franchise et les entreprises vietnamiennes » (Nhượng quyền thương mại và các doanh nghiệp Việt Nam), Ministère du Commerce 2005.

PHAN Chi Hieu :

- « Perfectionnement du droit des contrats » (Hoàn thiện chế định hợp đồng), Revue Etudes Législatives, n° 4/2005.

TRAN Ngoc Son :

- « La Franchise au Vietnam (Nhượng quyền thương mại tại Việt Nam) », Ministère vietnamien du Commerce 2005.

TRAN Tuan Phong et DANG Xuan Hop :

- « Rapport sur le projet de loi (partie Franchise) », Ministère du Commerce, 2004.

VO Sy Manh :

- « Quelques réflexions sur la notion de contravention essentielle dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises » (Bàn về khái niệm vi phạm cơ bản trong Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế), Rev. Commerce Extérieur, n° 14/2005, p. 84.

VO Van Quyen :

- « Franchise : Une méthode commerciale de l'avenir (Franchise : Phương thức kinh doanh của tương lai) », Forum des entreprises, 2005.

VU Dang Hai Yen :

- « Les parties au contrat de franchise » (Một số vấn đề về chủ thể của hợp đồng nhượng quyền thương mại), Rev. Etudes législatives, 2005
- « La franchise au Vietnam – les aspects théoriques et pratiques » (Nhượng quyền thương mại ở Việt Nam- Những vấn đề lý luận và thực tiễn), Rev. Etudes législatives, 2006.

Document en français

Ouvrages généraux, traités et manuels

AMIEL-DONAT (J.) :

- *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988

ANDRÉ (M.-E.), DUMONT (M.-P.), GRIGNON (P.) :

- *L'après contrat*, Editions Francis Lefebvre, 2005.

BASTIDE (G.) :

- *Traité de l'action morale*, t. 1: *Analytique de l'action morale*, P. U.F. 1961.

BÉNABENT (A.) :

- *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 2005.
- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^{ème} éd. Montchrestien, 2006

CARBONNIER (J.) :

- *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 2004.
- *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.) :

- *Contrats civils et commerciaux*, 2^{ème} éd. Précis Dalloz, 1993 ; 7^{ème} éd. Précis Dalloz, 2004.

CORNU (G.) :

- *Vocabulaire Juridique*, Puf, 3^{ème} éd. 1992.

DEMOGUE (R.) :

- *Traité des obligations en générale*, tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- *Droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd. 2007.

FARJAT (G.) :

- *Droit privé de l'économie*, t. 2 : *théorie des obligations*, PUF, 1975.

GHESTIN (J.) :

- *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1993.

GHESTIN (J.) et DESCHE (B.) :

- *Traité des contrats. La vente*, LGDJ 1990.

GHESTIN (J.) , JAMIN (C.) et BILIAU (M.) :

- *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2001.

HUET (J.) :

- *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 1996.

LARROUMET (C.) :

- *Les obligations. Le contrat*, T. 3, éd. Economica, coll. Droit civil.

Le TOURNEAU (Ph.) :

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^{ème} éd. Dalloz, 2006.

MESTRE (J.) et JAUFFRET (A.) :

- *Le droit commercial*, LGDJ, 22^{ème} éd. 2003.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.) :

- *Les obligations*, Defrénois, 2004.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-V.) :

- *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2004

MALAUURIE (P.) et L. AYNES :

- *Les obligations*, Cujas, 1999.

PEDAMON (M.) :

- *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1994.

PLANIOL (M.) :

- *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, LGDJ, 6^{ème} éd. 1912.

POLLAUD-DULIAN (M.) :

- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999.

RIPERT (G.) :

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949.

ROLAND (H.) et BOYER (L.) :

- *Adages du droit français*, 3^{ème} éd. Litec, 1992.

ROUBIER (P.) :

- *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, éd.+++++++ 1952.

SAVAUX (E.) :

- *Droit civil. Le rapport d'obligation*, Sirey, 2006.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.) :

- *Droit civil. Les obligations*, Litec, 6^{ème} éd. 1998.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.) :

- *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 8^{ème} éd. 2002.

Ouvrage spéciaux, thèses et monographies

ACKAD (M.) :

- *Le contrat de franchise en Egypte, étude comparative de droit français et égyptien*, th. Montpellier, 2002.

AMIEL-COSME (L.) :

- *Les réseaux de distribution*, th. Paris I, 1994, LGDJ, 1995.

ANDRÉ (M.-E.), DUMONT (M.-P.), GRIGNON (P.) :

- *L'après contrat*, Editions Francis Lefebvre, 2005.

ARBANT-MICHEL (G.) :

- *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. Montpellier I, 2001.

AUGUET (Y.) :

- *Concurrence et clientèle*, préf. Y. SERRA, LGDJ, 2000.

AYNES (L.) :

- *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. MALAURIE, Economica, 1984.

AZEMA (J.) :

- *La durée des contrats successifs*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1969.

BASCHET (D.) :

- *La franchise, Guide juridique - Conseils pratiques*, Gualino 4^{ème} éd. 2005.

BEAUCHARD (J.) :

- *Droit de la distribution et de la consommation*, th. Paris, Thémis dr. privé, PUF, 1996.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et G. VIRASSAMY (G.) :

- *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.

BESSIS (P.) :

- *Le contrat de franchise : notions actuelles et apport du droit européen*, LGDJ, 1990.

BLANC-JOUVAN (G.) :

- *L'après contrat, Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. PUAM, 2003.

BOUDA (J.-B.) :

- *L'obligation de discrétion du salarié*, th. Strasbourg, 1988.

BOURSICAN (J.) :

- *La franchise commerciale et les possibilités qu'elle offre à la petite et moyenne entreprise : étude d'un système de distribution inter-entreprises*, th. Toulouse I, 1972.

BOUSIGNES (A.) :

- *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, th. Poitiers, 1982.

BOUTROS (R.) :

- *La circulation du contrat de franchise*, th. Paris I, 2001.

BRES (A.) :

- *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, préf. J. RAYNARD, Litec, 2009.
- BROS (S.) :
- *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001.
- CAMERLYNCK (G.) :
- *De l'intuitu personae dans la société anonyme*, th. Paris, 1929.
- CASEAU-ROCHE (C.) :
- *Les obligations postcontractuelles*, th. Paris I, 2001.
- CERMOLACCE (A.) :
- *Cause et exécution du contrat*, préf. J. GHESTIN, PUAM, 2001.
- CHAMOIX (J.-P.) :
- *L'appropriation de l'information*, ouvrage collectif, Librairies techniques, 1986.
- CHANG (M. P.-H.)
- *La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois*, PUAM, 2005.
- CHENU (D.) :
- *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.) :
- *L'intuitu personae dans les contrats*, th. Paris II, 1974.
- CORGAS-BERNARD (C.) :
- *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, préf. C. JAMIN, PUAM, 2006.
- DORVILLE (A.) :
- *De l'intérêt moral dans les conventions* », th. Paris, 1901.
- DO (Van Dai) :
- *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français* », th. Aix-Marseille, 2004.
- DURRY (G.) :
- *Les restrictions conventionnelles au libre choix du cocontractant*, th. Paris, 1957.
- ENCINAS de MUNAGORRI (R.) :
- *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996.
- ERESEO (N.) :
- *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008.
- FABRE-MAGNAN (M.) :
- *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th. Paris I, LGDJ, 1992.
- FAGES (B.) :
- *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. MESTRE.
- FERRIER (D.) :
- *Droit de la distribution*, Litec, 2^{ème} éd. 2000.
- FIN-LANGER (L.) :
- *L'équilibre contractuel*, th. Paris, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.

GARDOUNIS (E.) :

- *La détermination du prix dans le contrat. Etude comparée entre le droit français et le droit hellénique*, préf. C. JAMIN, Bruylant, 2007.

GEISSMAN (R.) :

- *L'obligation de confidentialité*, th. Montpellier, 1988.

GENICON (T.) :

- *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007.

GHESTIN (J.) :

- *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ, 1983.

GIRAUD (C-H.) :

- *L'importance économique de la marque*, th. Paris, 1963.

GOMY (M.) :

- *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. SERRA, Presse universitaire Perpignan, 1999.

GOUNOT (E.) :

- *Le principe de l'autonomie de la volonté*, th. Dijon, 1912.

HAUSER (J.) :

- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971.

HOUIN (B.) :

- *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973.

HOUTCIEFF (D.) :

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. H. MUIR-WATT.

IVANUS (N.) :

- *De la réticence dans les contrats*, th. Paris, éd. Jouve et Cie, 1924.

JOURDAIN (P.) :

- *Le devoir de « se » renseigner. Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement*, Dalloz, 1983.

KENFACK (H.) :

- *La franchise internationale*, th. Toulouse I, 1996.

KOSTIC (G.) :

- *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, th. Paris, 1997.

KREISS (A.) :

- *La transmission du know-how entre entreprises industrielles*, Litec, 1987.

LEBRETON (S.) :

- *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, th. Paris, Litec 2002.

LEFRAN (D.) :

- *La renommée en droit privé*, préf. H.-J. LECAS, Defrenois, 2004.

LELOUP (J.-M.) :

- *La franchise, Droit et pratique*, Delmas, 2^{ème} éd. 1991.

Le TOURNEAU (P.) :

- *Parasitisme - Notion, prévention, protection*, 1^{ère} éd. Litec, 1998.
- *Les contrats de franchisage*, Litec, 2^{ème} éd. 2007.

LICARI (F.-X.) :

- *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand : une contribution à l'étude de la compensation du déséquilibre contractuel dans les contrats de concession et de franchise commerciale*, Litec, 2002.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- *Droit de la distribution*, 1^{ère} éd. Sirey, 2006.

MARDENALOM (Y.) :

- *Etude comparative des réseaux de distribution*, th. Montpellier, 1999.

MARRMAYOU (J.-M.) :

- *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties. Méthode de distinction*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2002.

MATHELY (P.) :

- *Le droit français des signes distinctifs*, Lib. J. Not. 1984.

MAURAY (J.) :

- *Cause*, Dalloz, 1970.

MCCORMICK GNUVA (K.) :

- *Le déséquilibre inhérent à la relation de franchise : étude comparative du droit français et du droit américain*, th. Nice-Sophia Antipolis, 1997.

MEKKI (M.) :

- *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. GHESTIN, LGDJ 2004.

MOUIAL-BASSILANA (E.) :

- *Du renouveau de la cause en droit des contrats. Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat*, th. Nice, 2003.

MOUSSERON (M.), MOUSSERON (J.-M.) et RAYNARD (J.) :

- *Technique contractuelle*, Francis Lefèbre, 3^{ème} éd. 2005.

NAMOUR (F.) :

- *Clauses de secret*, th. Montpellier, 1992.

NGUYEN Minh Hang :

- *La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit vietnamien de la vente*, th. Tours, 2009.

NGUYEN Tien Dien :

- *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, th. Paris II, 2011.

NEFUSSY-LEROY (N.) :

- *Les clauses d'exclusivité dans le contrat de franchise*, th. Nice Sophia-Antipolis, 1992.

PAULIN (C.) :

- *La clause résolutoire*, préf. J. DEVEZE, LGDJ 1996.

PELLE (S.) :

- *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. YOYER et M.-L. DEMEESTER, Dalloz, 2007.

PERELMAN (C.) :

- *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1979.

PETIT (F.) :

- *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994.

PIEDELIEVRE (J.) :

- *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, LGDJ, 1911.

REIGNE (P.) :

- *La notion de cause efficiente du contrat*, th. Paris II, 1993.

ROCHEFELD (J.) :

- *Cause et type de contrat*, th. Paris I, préf. GHESTIN, LGDJ, 1999.

RUET-LEVRIER (C.) :

- *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, th. Paris XI, 1995.

SAINT-ARLARY (R.) :

- *Le contrat de franchising, engineering, leasing*, Journée d'actualité de droit de l'entreprise, Librairie Techniques, 1971.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) et PIERRE (J.-L.) :

- *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 1996.

SERRA (Y.) :

- *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991.

SIMON (F.-L.) :

- *Théorie et Pratique du droit de la franchise*, JOLY, 2009.

SEYEN-GUERIN (S.) :

- *Le contrat de distribution international*, th. Paris XI, 2001.

SURAIHY (Y. AL) :

- *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008.

STOFFEL-MUNK (P.) :

- *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th. Aix-Marseille III, 1999, LGDJ, 2000.

TANDOGAN (H.) :

- *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats. Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, th. Genève, éd. Rouge & Cie S.A. Librairie de l'Université Lausanne, 1952.

TARDIEU-GUIGES (E.) :

- *La licence de marque*, th. Montpellier, 1991.

THIRIEZ (G.) et PAMIER (J.-P.) :

- *Guide pratique de la franchise*, éd. d'organisation, 2001.

TRIBES (A.) :

- *Du rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, th. Paris II, 1975.

VALLEUR (F.) :

- *L'intuitu personae dans les contrats*, th. Paris, 1938.

VANDENBUSSCHE (C.) :

- *Secret des affaires et informatique*, th. Paris I, 1990.

VIRASSAMY (G.) :

- *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris, LGDJ, 1986.

Articles

ACQUAVIVA (J.) :

- « L'information précontractuelle : mesures d'application » Act. fid. juin 1991, n° 742, p. 34.

ADAMI (F.) :

- « Les contrats « open priced » dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », RDAI, n° 2, 1989, p. 103.

ALMA-DELETTRE (S.) :

- *J.-Cl. com.* Fasc : 815 : La « cyberdistribution ». – Réseaux de distribution sur Internet et droit de la concurrence. – Mise en place de la distribution en ligne. – Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur Internet (2011).

AMEDÉE-MANESME (G.) :

- « La distribution sélective est-elle en concurrence avec la distribution en franchise ? », *Rev. de juris. com. avr.* 1993, p. 144.

AMRANI-MEKKI (S.) :

- « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *LPA*, 12 août 2002, p. 8.

ANCEL (P.) :

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 800.
- « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *RDC* 2008, p. 35.

ARMAND-PREVOST (M.) et RICHARD (D.) :

- « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP* 1979, I, 2952, n° 1.

ARSAC-RIBEYROLLES (A.) :

- « L'abus à la baisse dans la fixation du prix », *LPA*, 27 janv. 2006, p. 10.

ATTUEL-MENDES (L.) :

- « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP* n° 39, 26 sept. 2007, I 188.

AUBERT DE VINCELLES (C.) :

- « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, p. 2629.
- « Les montages contractuels », *RDC* 2007, p. 983.

AUGAGNEUR (L.-M.) :

- « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *JCP* n° 30, 27 juill. 2005, I 158.

AYNES (L.) :

- « Les clauses de circulation du contrat » *in* « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », *PUAM*, 1990, p 131.
- « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? » *D.* 1993, p. 25.
- « La détermination du prix futur des marchandises ou des services dans les contrats de distribution exclusive », *D.* 1995, p. 122.

AZEMA (J.) :

- « Propriété industrielle », Lamy droit commercial, 1998, n° 1522, p. 687.

AZOULAI (M.) :

- « L'élimination de l'*intuitu personae* dans les contrats » in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », LGDJ, 1960, p. 1.

BAGLIN (G.) et MALLERET (V.) :

- « Les modes de gestion de la performance dans les chaînes hôtelières françaises », Revue française de comptabilité, juin 1995.

BAZIN (E.) :

- « La résolution unilatérale du contrat », RRJ, 2000-4 (1), p. 1381.

BEAUCHARD (J.) :

- « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in Libre droit, Mél. Ph. le TOURNEAU, Dalloz, 2008, p. 37.
- « Stabilisation des relations commerciales : la rupture de relations commerciales continues », LPA, 5 janvier 1998, p. 14.

BECQUÉ (P.) :

- « Les clauses de « quota » dans les contrats de concession exclusive », Cah. dr. entr. 1985, n° 4, p.21.
- « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », Cah. dr. entr. 1985, n° 6, p. 24.
-

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », JCP 1994. I. 3800.
- « À la recherche du domaine et de la sanction de l'obligation d'information », RDC 2003, p 158.
- « Internet, entente et abus de position dominante », Comm. Com. électr. n° 9, sept. 2007.

BEN SOUSSEN (M.) :

- « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », D. 2000, p. 629.
- « Franchise et concurrence : il y a urgence législative ! », Fr. Mag, févr. 2011.

BÉNABENT (A.) :

- « Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire », LPA, 7 déc. 1990.

BENAROYA (C.) :

- « Les difficultés du choix de la marque : le point de vue du marketing », Dr. et pat. 1999, n° 75, p. 76.

BENSOUSSAN (H.) :

- « Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », D. 2000, p. 629.

BERARD (P.-Y.) :

- « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitu personae* », RTD com., 2007, p. 279.

BERLIOZ-HOUIN (B.) :

- « Le droit des contrats face à l'évolution économique », Mél. R. HOUIN, Dalloz-Sirey, 1985, p. 8.

BERMOND de VAULX (J. M.) :

- « La détermination du prix dans le contrat de vente », JCP I. 2567.

BERNARD (P.-H.) :

- « La contrepartie de l'obligation de non-concurrence », Droit du travail et de la sécurité sociale, 1992, n° 11, p. 3.

BEZARD (P.) :

- « Bicentenaire du Code civil : le Vietnam », in « Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire », éd., Dalloz-Litec, 2004, p. 651.

BINDER (O.) :

- « Le mythe de la propriété de la clientèle : la franchise ou l'avenir du fonds de commerce par la maîtrise des outils permettant de capter et de développer la clientèle », AJDI 2001, p. 1054.

BLANC (G.) :

- « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin » *D.* 1993, p. 218.

BON (J.) :

- « La valeur ajoutée de la marque », in « La marque », Maison du Droit Vietnamo-Française, oct. 2008.

BORE (J.) :

- « Morte au champ d'honneur, la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadres de longue durée », Mél. C. CHAMPAUD, Dalloz 1997, p. 101.

BOUDOSSIER (L.) :

- « L'analyse du bilan des franchisés : source de performance pour tout le réseau », Fr. Mag, 30 sept. 2009.

BOURGEON (C.) :

- « L'indétermination du prix : les apports économiques », RTD com. 1997, p. 7.
- « À propos des clauses d'*intuitu personae* », RDC 2004, p. 499.

BRUN (A.) :

- « L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports de travail », Mél. P. ROUBIER, Dalloz, 1961, t. 2, p. 366.

BRUNET (A.) :

- « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », Mél. A. WEILL, Litec 1983, p. 86.
- « La fonction du prix en droit de la concurrence », Mél. C. MOULY, Livre II, Litec, 1998, p. 27.

BUHAGIAR (T.) :

- « La concession exclusive dans la branche automobile », JCP, 1980, I, II, 13438.

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.) :

- « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », LPA, 27 déc.1995, p. 11.

BURST (J.-J.) :

- « Eléments de rattachement de la clientèle et franchise », Cah. dr. entr. n° 2, 1988, p. 40.

BÜHLER (M.) :

- « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI, 2002, n° 3, p. 359.

CABRILLAC (M.) :

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », Mél. G. MARTY, Univ. Toulouse, 1979, p. 246.

CADIET (L.) :

- « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice » *in* « Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels », PUAM, 1990.

CASTAGNON (N.) :

- « Internet et réseaux de distribution. Lequel des deux contractants doit-il solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site Internet ? », Contrats, conc. cons. 2003, chron. 10.
- « Clauses de non-concurrence : l'Autorité de la Concurrence enfonce le clou », Fr. Mag 9 déc. 2010.

CATALA (P.) :

- « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », Répertoire du notariat Defrénois, 15 déc. 2008, p. 2365.

CALVO (J.) :

- « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre... », LPA, 17 janv. 1996, p. 20.
- « La pratique internationale des accords de secret », LPA, 1989, p. 18.

CAQUELIN (F.) :

- « La franchise et le droit », Gaz. Pal. 1982, p. 565.

CHAMPAUD (C.) :

- « La concession commerciale », RTD com. 1963, p. 461.
- « Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler) », RJ Com. 1986, p. 161.
- « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », Mél. J. DERRUPE, 1991, p. 123.

CHANTILLON (L.) et LEHOUX (V.) :

- « La formation des franchisés », Fr. Mag 1995, n° 126, p. 54.

CHOISEZ (S.) :

- « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 662.

CLÉMENT (J.-P.) :

- « De quelques problèmes posés par le franchisage aux rédacteurs de contrat », Gaz. Pal, 1977, p. 543.
- « La nouvelle donne juridique de la franchise », Gaz. pal. 14-15 juin, 1991, p. 6.
- « La franchise : 20 ans de jurisprudence, deux cents décisions commentées [1973-1993] », IREF, 1994.
- « Franchise et droit des marques », Mél. J.-J. BURST, Litec, 1997, rééd. 2000, p.113.

COLLARD (C.) et ROQUILLY (C.) :

- « Réseaux de distribution et commerce électronique, proposition d'analyse juridique » *in* « Les premières journées internationales du droit du commerce électronique », Litec 2002, p. 239.
- « Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : Implications en droit communautaire de la concurrence », LPA, 3 avr. 2002, p. 4.

CONTIS (N.) :

- « Les accords de distribution à l'épreuve de l'Internet », JCP, n° 15, 11 avr. 2001, I 313.

CORBISIER (I.) :

- « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises », RIDC, 1988, p. 767.

CRAMPES (C.) :

- « La valeur économique des marques », Dr. & pat. n° 75, oct. 1999, p. 79.

CREMIEUX (M.) :

- « Le secret des affaires », *in* « L'information en droit privé », LGDJ, 1978, p. 457.

CUIF (P-F.) :

- « Le conflit d'intérêts-Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 1.

CURTELIN (C.) :

- « L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des meta-tags sur les sites d'entreprises commerciales », RDIT 3/99, p. 6.

DE BROSSES (A.) :

- « La rupture fautive de relations commerciale établies », *in* « Dossier Contrats de distribution L'équilibre enfin trouvé ? », Dr. patr. 2003, p. 50.
- « Le régime juridique des produits vendus sous marque de distributeur », LPA, 2 juill. 2002, p. 17.

DE LY (F.) :

- « Les clauses de non-concurrence dans les contrats internationaux », RDAI, n° 4, 2006, p. 441.

DECOOPMAN (N.) :

- « La notion de mise à disposition », RTD civ., 1981, p. 300.

DEFFAINS (B.) :

- « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD civ., 2010, p. 719.

DELEBECQUE (P.) :

- « La jurisprudence reconnaît au franchisé le bénéfice de la législation sur le fonds de commerce », Rev. Lamy dr. aff. sept. 2002, p. 12.

DEPINCE (M.) :

- « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD com. 2009, p. 259.

DERRUPPÉ (J.) :

- « Clientèle et achalandage », Mél. SAVATIER, 1992, p. 167.
- « Fonds de commerce et clientèle », Mél. JAUFFRET, 1974, p. 231.

DISSAUX (N.) :

- « La validité d'une clause de non-concurrence au regard du droit communautaire », LPA, 4 janv. 2010, p. 11.

DISSAUX (N.) et LOIR (R.) (sous la dir. de) :

- « La protection du franchisé au début du XXI^e siècle. Entre réalité et illusions », éd. Harmattan, 2009.

DO Van (D.) et CHANG (M. P.-H.) :

- « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », LPA, 9 av. 2004, p. 3.

DREIFUSS-NETTER (F.) :

- « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD civ., 1990, p. 391.

DUMINY (E.) et RETZNER (J.-D.) :

- « Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes) », RDC, janv. 2011, n° 1, p. 321.

DURAND (P.) :

- « Le know-how », JCP, mai 1967, I. 2078.
- « L'information précontractuelle obligatoire du concessionnaire exclusif », Cah. dr. entr. supplément 5/1990, n° 44/45, 8 nov. 1990, p. 21.

EECKOUT (A.-V.) :

- « La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires », RDC 2005, p. 491.

EL GHARBI (M.) :

- « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », RRJ 1/2005, p. 165.

ETIENNEY (A.) :

- *J.-Cl. Contrats distribution, Extinction du contrat. Effets*, fasc. 175 (2010), n° 20-36.

FABRE (R.) :

- « Le prêt à usage en matière commerciale », RTD com. 1977, p. 193.
- « Les contrats de distribution et Internet à la lumière du règlement communautaire », D. 2001, p. 461.
- « La nature juridique des réseaux », Revue Lamy droit des affaires, 2005, n° 79.

FABRE (R.), SALES (J.-E), BONNAFOUS (P.) et BONNET-DESPLAN (M.-P.) :

- *J.-Cl. com, Franchisage, Formules*, fasc. 577 (1988).

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « Mythe de l'obligation de donner », RTD civ., 1996, p. 85.

FAGES (B.) :

- « Des comportements contractuels à éviter », Dr. et patr. 1998, p. 67.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- « Le changement de circonstances », RDC, 2004, n° 1, p. 67.

FENOUILLET (D.) :

- « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009.

FERRIER (D.) :

- « La franchise internationale », JDI 1988.
- « Franchise », Rép. Com. Dalloz, mars 1996, p. 3, n° 10.
- « Franchise et savoir-faire », Mél. J.-J BURST, p. 157.
- « La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif », *D.* 1991, chron. 237.
- « La distribution sur l'Internet », Cah. dr. entr. 2000, n° 2, p. 12.
- « L'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce s'applique à toute forme de rupture brutale de tout type de relations commerciales », *D.* 2003, p. 2433.
- « La distribution sur Internet dans le cadre d'un réseau », *D.* 2006, p. 2594.

FIESCHI-VIVET (P.) :

- « Clause de non-réaménagement et indemnité compensatrice », *D.* 1976, p. 150.

FINKELSTEIN (J. A.) :

- « Les accords de distribution exclusive aux Etats-Unis et en France », RIDC, 1982, p.7.

FONTAINE (M.) :

- « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI, 1991, n° 5, p. 5.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « L'indétermination du prix », RTD civ., 1992, p. 269.
- « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », LPA, 8 déc. 1993, p. 14.
- « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », RJDA, 1996, p. 3.
- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD civ., 1998, p. 49.

GABON (M.) :

- « Les marques face au déficit du temps », *Entreprendre*, 2004, n°182, p.70.

GALVAO (T.) :

- « La cession du contrat », RIDC, n° 2, avr.-juin 1951, p. 217.

GAST (O.) :

- « Le droit de la franchise aujourd'hui », Cah. dr. entr. 1981/4, p. 23.
- « La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise ? », LPA, 29 juill. 1987, p. 29.
- « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : « du savoir-faire au savoir-réussir » », LPA, 3 nov. 1995, p. 9.
- « Comptes d'exploitation prévisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? », LPA, 31 mai 1999, p. 6.

GAST (O.) et RENAUD (O.) :

- « Internet en toute franchise : Quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ? », LPA, 22 août 2001, p. 4.

GASTINEL (E.) :

- « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles-Obligations de non-concurrence et de confidentialité » *in* « La cessation des relations contractuelles d'affaires », PUAM, 1997, p. 197.

GAVALDA (C.) :

- « Le secret des affaires », Mél. R. SAVATIER, 1964, p. 312.

GHESTIN (J.) :

- « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, chron. 293.
- « Le mandat d'intérêt commun », *in* « Les activités et les biens de l'entreprise », Mél. J. DERRUPE, Litec, 1991, p. 112.
- « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », *D.* 1993, chron. 251.
- « Nullité pour indétermination de la chose et du prix du contrat de franchise », *D.* 1993, p. 379.

GRANIER (T.) :

- « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.* 1991, p. 357.

GRIGNON (P.) :

- « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », Mél. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 127.

GRIMALDI (M.) :

- « Le contrat et les tiers », *in* « Libre propos sur les sources du droit », méf. JESTAZ, Dalloz, 2006, n° 13, p. 174.

GRIZAU (A.) :

- « Rupture brutale des relations commerciales : Réflexion sur les premiers cas d'application de l'article L.442-6 », *in* « Dossier Contrats de distribution L'équilibre enfin trouvé ? », *Dr et patr.* 2003, p.71.

GROLLEMUND-LOUSTALLOT FOREST (M.-J.) :

- « L'obligation d'information entre contractants dans les contrats de distribution », *Rev. jur. com.* 1993, p. 60.

GRYNBAUM (L.) :

- « Le solidarisme contractuel en pratique : un statut pour les entrepreneurs soumis à un contrat d'intégration », *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1361.

GUISEIX (L.) :

- « Rejoindre un réseau : quelle indépendance ? », *Fr. Mag*, 18 déc. 2007.

GUIU (G.) et TRESS (M.) :

- « La protection du réseau de franchise par les droits de propriété industrielle », *D.* 1999, p. 1154.

GULLEMAIN (A.) :

- « La distribution en danger par méconnaissance de la propriété commerciale », *Loyers et copr.* 1996, chron. 9.

GURIN (A.) :

- « Nouvelles règles relatives aux restrictions verticales », *JCP E* n° 3, 20 janv. 2011, 1027.

GUYENOT (J.) :

- « Etudes juridique et économique des conventions d'exclusivité de vente », *Dr. soc.* 1965, p. 2.
- « Licensing et franchising », *Gaz. Pal.* 1976.

HASSLER (T.) :

- « L'intérêt commun », RTD com. 1984, p. 581.

HUET (J.) et DUPUIS-TOUBOL (F.) :

- « Violation de la confidentialité des négociations », LPA, 1990, n° 41, p. 4.

JAMIN (C.) :

- « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995, chron. p. 131.
- « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP 1996, I. 3959.
- « La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre », RTD com. 1997, p. 19.
- « Esquisse d'un critère de l'abus en matière de détermination du prix », *D.* 1997, p. 414.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Mél. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441.
- « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D. aff.* 2003, p. 2878.

JAMIN (C.) et BILLIAU (M.) :

- « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, p. 145.

JEOL (M.) :

- « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », RTD com. 1997, p.1.

JOSSERAND (L.) :

- « L'essor moderne du concept contractuel », Mél. F. GENY, Tome II, Sirey 1934, p. 339.

KENFACK (H.) :

- « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *D.* 2003, p. 2304.

KRAJESKI (D.) :

- « *L'intuitu personae* et la cession du contrat », *D.* 2001, p. 1345.

LACHIEZE (C.) :

- « L'autonomie de la *cession* conventionnelle de contrat », *D.* 2000, p. 184.

LAITHIER (Y.-M.) :

- « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law », RDC janv. 2010, p. 407.

LARRIEU (J.) :

- « La marque, un signe en pleine effervescence », *Dr. & patr.* 1999, n°75, p.56.

LARROUMET (C.) :

- « La cession de contrat : une régression du droit français ? », mél. CABRILLAC, Lictec 1999, p.151.

LATREILLE (A.) :

- « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », LPA, 7 août 2006, p. 4.

LAUDE (A.) :

- « La détermination du prix dans les contrats de distribution », *D. affaires* 1996, p. 3.

Le COUVIOUR (K.) :

- « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », RTD com. 2008, p. 1.

LEDUC (F.) :

- « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », JCP, 1992, I 3631.

LEGEAIS (D.) :

- « La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu », JCP *E* 1992. I. 135.
- *J.-Cl. com.* Fasc. 256 : Clause de non-concurrence (2001).
- *J.-Cl. com.* Fasc. 316 : Franchise (2009).

LELOUP (J.-M.) :

- « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution », in « Dix ans de droit de l'entreprise », Litec, 1978, p. 934.

Le TOURNEAU (P.) :

- « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987, p. 101.
- « Quelques aspects des responsabilités professionnelles », *Gaz. Pal.* 1986, p. 616.
- « Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion de société », *Mél. C. MOULY*, t. 2, Litec, 1998.
- « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.* 2001, p. 13.
- *J.-Cl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1010 : Concession exclusive. – Distribution, circuits et réseaux de distribution. – Inventaire des diverses concessions. – Fondement et protection des réseaux de distribution (2006).

Le TOURNEAU (P.) et KRJESKI (D.) :

- *J.-Cl. Contrats distribution*, Fasc. 200 : Contrat « *intuitu personae* », (2001).

Le TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.) :

- *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 1030 : Concession exclusive. – Conditions de validité. – Validité au regard du droit de la concurrence (2006).
- *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 1045 : Franchisage. – Variétés du franchisage. – Indépendance et domination dans le franchisage. – Droit de la concurrence et franchisage (2007).
- *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 1050 : Franchisage. – Franchisage dans le domaine des services. – Le franchiseur et le franchisé (2008).

LE STANC (C.) :

- « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? », JCP 1978, 12735.

LEVELEUR (L.) :

- « Des contrats cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix : le reflux et ses limites », *Contrats, conc. cons.* mai 1991.
- « Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats cadres de distribution », *Contrats, conc. cons.* nov. 1992.
- « Requalification d'un contrat de franchisage en gérance salariée », JCP *E*, 23 nov. 1995, p. 748.
- « L'indétermination du prix dans les contrats : portée d'un revirement de jurisprudence », JCP *E*, 1^{er} févr. 1996, p. 776.

LOYER-LEMERCIER (M.-J.) :

- « Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ? », JCP *E* 2011, 1218.

LUCAS DE LEYSSAC (O.) :

- « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in* « L'information en droit privé », LGDJ, 1978, p. 329.

MACCIONI (H.) :

- « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP G*, n° 21, 22 mai 1996, I 3934.

MAGAIN (L.) :

- « L'animation : clé du succès », *Fr. Mag* 1996, n° 132, p. 83.

MAINGUY (D.) :

- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *mél. CABRILLAC, Litec* 1999, p. 165, n° 3.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.) :

- « Bref retour sur l'indétermination du prix », *Cah. dr. entr.* 1998, p. 24.
- « Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies », *JCP E* 2003, n°51, p. 1792.
- « Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle », *Rev. Lamy Droit civil*, n° 12, janv. 2005, p. 5.

MALAUURIE-VIGNAL (M.) :

- « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, *chron.* p. 54.
- « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP E*, n° 7, 12 févr. 1998, p. 260.

MALLET-POUJOL (N.) :

- « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

MANARA (C.) :

- « Web et distribution sélective : réseau contre réseau ? », *D.* 1999, p. 725.

MAROT (Y.) :

- « Franchise et approvisionnement exclusifs », *Gaz. Pal.* 1995, p. 1088.
- Y. MAROT, « Loi Doubin, encore ! Mais enfin une réponse claire par la Cour de cassation », *Lettre de la FFF*, mai 1998, p. 4.
- « Franchise et droit français de la concurrence (à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 18/6/1997) », *LPA*, 1998, p. 20.
- « Les relations franchiseur-franchisé : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », *LPA*, 5 fév. 1999, p. 16.
- « La collaboration entre franchiseur et franchisé », *LPA*, 31 août 2000, p. 4.
- « La franchise et ses signes de ralliement », *Le nouvel entrepreneur*, n° 11, sept.-oct. 2000.
- « Le droit d'agrément : Et si le franchiseur se faisait un devoir de motiver son éventuel refus », *La lettre de la FFF*, nov. 2001, p. 4.
- « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », *LPA*, 4 févr. 2003, p. 3.

MAYMON-GOUTALOY (M.) :

- « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.* 1982, p. 519.

MAZEAUD (D.) :

- « Durées et Ruptures », *in* « Durée et exécution du contrat », *RDC*, 2004, p. 129.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Mél. F. TERRÉ, Dalloz 1999, p. 603.
- « Le nouvel ordre contractuel », RDC, déc. 2003, p. 295.
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005, p. 1828.
- « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010, p. 2178.

MELLINGER (G.) :

- « Futurs franchisés, exigez le complément DIP », *Fr. Mag.*, 7 juill. 2009.

MERALLI (R.) :

- « Mises à jour des notions de marques notoires et de renommée », *LPA*, 12 oct. 2006, p. 5.

MESTRE (J.) :

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 100.
- « Transparence et droit des contrats », *Rev. jur. com. n° spéciale nov.* 1993, p. 77.
- « La relation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution » *in* « La cessation des relations contractuelles d'affaires », *PUAM*, 1997, p. 20.

MESTRE (J.) et FAGES (B.) :

- « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.* 1998, p. 71.

MEUNIER-COEUR (I.) :

- « Notoriété et renommée de la marque », *Propr. industr.* 2006, étude 12.

MOLFESSIS (N.) :

- « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, p. 41.

MONEGER (J.) :

- « Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *AJDI* 2001, p. 1042.

MOREAU (M.-A.) :

- « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *Dr. et Patr.* mars 1999, p. 56.

MORIN (G.) :

- « Tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », *RTD civ.*, 1937, p. 559.

MOUSSERON (J.-M.) :

- « Aspect juridique du know-how », *Cah. dr. entr.* 1972/I, p. 5.

MOUSSERON (J. M.) et SEUBE (A.) :

- « A propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.* 1973, p. 200.

LOUDIN (M.) :

- « La transmission des contrats de distribution », *RTD com.*, 2011, p. 447.

PAENO (M.-A.) :

- « *L'intuitu personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p. 129.

PARLEANI (G.) :

- « Les clauses d'exclusivité », *in* « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », *PUAM*, 1990, p. 55.

PASSA (J.) :

- « La propriété de l'information : un malentendu », *in* « Renouveau du droit de propriété », Dr. et patr. 2001.

PASQUI (G.) :

- « L'abus de dépendance », *Contrats, conc. cons.* 1993, n° 71, p. 11.

PERLEANI (G.) :

- « Les clauses d'exclusivité », *in* « Les principales clauses des contrats conclus entre les professionnels », PUAM, 1990, p. 55.

PERREAU (N.) et ACKERMANN (C.) :

- « La transmission de contrats intuitu personae dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *LPA*, 3 juin 2004, n° 111, p. 4.

PERRIN (J. F.) :

- « Une approche socio-juridique de la théorie générale du contrat civil », *RIEJ* 1994, p. 51.

PETIT (S.) :

- « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 18 sept. 2008, p. 33.

PIOTRAUT (J. -L.) :

- « Les contrats de distribution et la détermination du prix », *RJ com.* 1992, p. 16.

PIROVANO (A.) :

- « Logique concurrentielle et logique contractuelle », *in* « Les transformations de la régulation juridique », *LGDJ*, 1998, p. 5.

PLANTAMP (D.) :

- « L'intérêt commun dans les contrats de distribution », *D.* 1990, p. 177.

PRIETO (C.) :

- « L'efficience contractuelle dans le droit de la libre concurrence (illustration par la clause d'exclusivité) », *RDC*, 2004, p. 875.

RANDOUX (D.) :

- « Fournisseur et distributeur : Dépendance ou partenariat », *LPA*, 6 mars 1996, p. 47.

RAUD (N.) :

- « Nouveau règlement d'exemption par catégories des restrictions verticales (Règl. UE n° 330/2010, 20 avr. 2010) », *Contrats, conc. cons.* n° 6, juin 2010.

RAYNARD (J.) :

- « Les restitutions dans les contrats de distribution » *in* « La cessation des relations contractuelles d'affaires », PUAM, 1997, p. 179.

RAYNAUD DELAGE (N.) :

- « La notoriété », *D.* 2000, p. 513.

REGNAULT (S.) :

- « La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin », *LPA*, 10 janv. 2003, p. 13.

RENUCCI :

- « L'identité des contractants », *RTD com.* 1993, p. 441.

REVET (T.) :

- « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997, p. 37.

RONZANO (A.) :

- « Clause de rendement et contrats-cadres de distribution », JCP *E* 1996, I. 535.

RZEPECKI (N.) :

- « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », JCP n° 47, 23 nov. 2005, II 10160.

SAINT-ALARY (R.) :

- « Le contrat de franchising », *in* « Nouvelles techniques contractuelles », Litec, 1971.

SEUBE (A.) :

- « La réservation du know-how par le droit des contrats », *in* « Le know-how », 5^{ème} rencontre de propriété industrielle, Montpellier, Librairies techniques, 1975, p. 88.

SEUBE (J.-B.) :

- « Caducité et ensemble contractuel indivisible : timidité jurisprudentielle ou audace doctrinale ? », Mél. J. FOYER, *Economica* 2008, p. 925.

SELINSKY (V.) :

- « Les sanctions de l'article 1^{er} », Cah. dr. entr. 1990, p. 26.

SERRA (Y.) :

- « La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile », *D.* 1991, p. 358.
- « La qualification professionnelle du salarié - élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 1996, chron. 245.

SIMLER (P.) :

- *J.-Cl. civ.*, fasc. 20 : Cause (1994).

SIMON (F.-L.) :

- « La formation du contrat de franchise », LPA, numéro spécial, déc. 2008.
- « Un an d'actualité juridique en droit de la franchise », LPA, numéro spécial, nov. 2009.
- « Contrat de franchise et variété de clauses de résiliation », 16 avr. 2009, n° 76, p. 6.

SIMON (J.) :

- « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », *in* « Le juge et le droit de l'économie », Mél. P. BEZARD, Montchrestien, 2002, p.151.

STOFFEL-MUNCK (P.) :

- « L'après-contrat », *in* « Durées et contrats », RDC 2004, p. 159.

TALLON (D.) :

- « Surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix), *D.* 1992 p. 67.

TERRÉ (F.) :

- « Sur la sociologie juridique du contrat », APD, 1968, p. 79

THOMASSIN (N.) :

- « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964.

THREARD (J.) :

- « L'art. 1^{er} de la loi Doubin du 31 déc. 1989 et les contrats de concession et de franchise », *Gaz. Pal.* 24 oct. 1991, p. 607.

TROCHU (M.) et NGO Quoc Chien :

- « Le contrat de franchise au Vietnam », *Rev. Droit des affaires internationales*, n° 6-2009, p. 725.

VANART (J.) :

- « Dessesins européens pour la distribution en ligne », *Rev. Lamy conc.* 2009, n° 21.

VARAUT (J.-M.) :

- « Secret et transparence », *Gaz. du Palais*, 14 sept. 2002, n° 257, p. 2.

VERGUCHE (P.) :

- « La rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RJC*, 1997, p. 129.

VIDAL (D.) :

- « Les clauses de non-concurrence » *in* « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », *PUAM*, 1990.

VIGNAL (N.) :

- « La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence) », *RIDC*, 1998, n° 357.

VIENNOIS (J.-P.) :

- « Annulation d'un contrat de franchise pour absence de cause et réticences dolosives », *JCP* n° 30, 23 juill. 2003, II 10127.

VIRASSAMY (G.) :

- « La moralisation des contrats de distribution par la loi du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », *JCP*, 1990, 15809.

VIVANT (M.) :

- « Les clauses de secret », *in* « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », *PUAM* 1990.
- « Internet et distribution sélective », *JCP E* 2000, p. 1232.

VOGEL (L.) :

- « Loi Doubin: des certitudes et des doutes. Premier bilan sur l'information précontractuelle après cinq ans d'application de la loi (1990-1995) », *D. Affaires*, 1995, p. 5.
- « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, p. 155.

WINTGEN (R.) :

- « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC*, avr. 2006, n° 2, p. 543.

Notes et observations

ALMA-DELETTRE (S.) :

- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; JCP *E* 2007, 1084.

AMIEL-COSME (L.) :

- obs. sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; Rev. sociétés 2009, p. 339.

ARHEL (P.) :

- note sous : Cons. conc. arrêt Eras, 18/6/1997 ; PA 1998, n° 42, p. 26.

ATIAS (C.):

- note sous : Cass. com., 18 oct. 1994, pourvoi n° 92-19390, Bull. civ. IV, n° 293, p. 235 ; *D.* 1995, p. 180.

AUBERT (J.-L.) :

- Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 87-1408, Bull. 1989 III n° 134 p. 74 ; Defrénois, 1990, p. 360.

AUGUET (Y.) :

- Cass. com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-14762 ; *D.* 2003, Somm. p. 902.

AUQUE (F.) :

- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III n° 77, 2002, p. 66 ; JCP 2002 II 10112.

AZÉMA (J.) :

- obs. sous : Cass. com., 9 oct. 1990, pourvoi n° 89-13384 ; JCP *E* 1990, I, 39, n° 5.
- note sous : Cass. com., 22 janv. 1991, pourvoi n° 88-16657 ; JCP *E* 1991, I, 458.
- obs. sous : Cass. com., 3 janv. 1996, pourvoi n° 94-12314 ; RTD com. 1997, p. 248.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- note sous : Cass. com., 23 juin 1992, JCP 1992. II. 21974.
- note sous : Cass. com., 3 nov. 2004, pourvoi n° 02-17919 ; RDC 2005, p. 1130.
- obs. sous : Cass. com., 11 janv. 2005, pourvoi n° 02-10566 ; RDC 1 juill. 2005 n° 3, p. 768.
- obs. sous : TC Paris, 13 juin 2005, n° 2005/9018, RLC 2006.
- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; RDC 2006 n° 3, p. 786.
- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, RTD civ., 2006, p.419.
- note sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; RDC 2008/4, 1278.
- obs. sous : Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14301, RDC 2010 n° 3, p. 921.
- obs. sous : Cass. com., 24 nov. 2009, pourvoi n° 08-17650, RDC 2010 n° 3, p. 921.
- obs. sous : Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 09-13888, Bull. 2010, IV, n° 145, RDC 2011, n° 1, p. 187.

BÉNABENT (A.):

- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1997, Defrénois 1998, p. 406.

BESSON (A.) :

- note sous : Cass. com., 2 mars 1938 ; *D.* 1938, I, p. 91.

BILLIAU (M.):

- note sous : Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, pourvoi n° 05-13255, JCP 2006, II, 10181.

BLATTER (J.-P.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III n° 77, 2002, p. 66 ; AJDI 2002, p. 376.

BOULOC (B.) :

- obs. sous : Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-20382, Bull. IV, n° 403, p. 293 ; RTD com. 1994, p. 348.
- obs. sous : Cass. com., 28 nov. 1995, pourvoi n° 94-14898, Bulletin 1995 IV n° 276 p. 254 ; RTD com. 1996, p. 321.
- obs. sous : Cass. com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71 ; RTD com. 1998, p. 911.
- obs. sous : Cass. com., 19 oct. 1999, pourvoi n° 97-14366, pourvoi n° 97-14367, RTD com. 2005, p. 406.
- obs. sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; RTD com. 2009, p. 432.

BURST (J.-J.) :

- note sous : CA Colmar, 9 juin 1982, *D.* 1982, 553.
- note sous : T. com. Pontoise, 17 juin 1986 ; Cah. Dr. Entr. 1988/2, p. 40.
- note sous : CA Colmar, 9 mars 1990, *D.* 1990, n° 16, p. 232.

CARBONNIER (J.) :

- note sous : CA Poitiers, 8 nov. 1949, JCP, 1950, I, 5205.

CARON (C.) :

- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006, pourvoi n° 02-44718, Bull. 2006 I n° 307, p. 267 ; Comm. com. électr. 2006, n° 119.

CHABAS (F.):

- obs. sous: Cass. com., 28 avril 1982, Bull. civ. IV, n° 145 ; RTD. civ., 1983, p. 340.

CHABERT (C.) :

- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; Comm. com. électr. 2006, comm. 98.

CHANY (M.) :

- note sous : Cass. com., 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14.639, JCP 2006. I. 153.

CHAUVEL (P.) :

- obs. sous : Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, Dr. et patr. 1996/35, n° 1222.
- obs. sous : Cass. com., 23 févr. 1999, pourvoi n° 96-22784 ; Dr. et patr. 1999, p. 89.

CHEVRIER (E.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III n° 77, 2002, p. 66 ; *D.* 2002. p. 1487.
- obs. sous : Cass. com., 17 janv. 2006, Bull. civ. IV, n° 9 ; *D.* 2006.
- note sous : CA Douai, 6 sept. 2007, RG n° 06/01777, *D.* 2007, p. 2303.

COURET (A.) :

- note sous : CA Paris, 27 sept. 1994, Bull. Joly 1994. 1337.

DAGORNE-LABBÉ (Y.) :

- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 87-1408, Bull. 1989 III n° 134 p. 74 ; JCP 1990. II. 21456.

DAIGRE (J.-J.):

- note sous : Cass. com., 6 oct. 1992, pourvoi n° 90-19823, Bull. 1992 IV n° 287, p. 201 ; Bull. Joly, 1992. 1288.

DELEBECQUE (P.) :

- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1997, Defrénois 1998, p. 332.
- obs. sous : Cass. com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71, Defrénois 1998, p. 733.
- note sous : Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 (quatre arrêts), Defrénois 1996, p. 747.

DERRUPPÉ (J.) :

- obs. sous : CA Paris, 6 févr. 1996, *D.* 1996, IR, 77; RTD com. 1996.I.237.

DESHAYES (O.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, JCP 2006, II, 10119.

DISSAUX (N.) :

- note sous : Cass. com., 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14118, JCP 2007, II, 10211.

DOMAT (J.A.) :

- note sous: Cass. soc. 13 oct. 1988, JCP *E* 1989. II. 15474.

DOROTHÉE (G.-C.) :

- obs. sous : Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 09-13888, Bull. 2010, IV, n° 145 ; RDC 1^{er} déc. 2010 n° 11, p. 4.

DURAND (P.) :

- note sous : Cass. com., 13 juill. 1966, JCP 1967 II. 15131.

FERRIER (D.) :

- note sous : T. com. Paris, 14 févr. 1979, Cah. dr. entr. 1979, n° 6, p. 14.
- obs. sous : Cass. com., 14 nov. 1995, pourvoi n° 93-16299, *D.* 1997. Somm. 59.
- obs. sous : Cass. com., 24 févr. 1998, *D.* 1998, som. 337.
- obs. sous : Cass. com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71, *D.* 1998, p. 334.
- obs. sous : Cass. com., 29 avr. 1997, *D.* 1998, somm. p. 338.
- obs. sous : Cass. com., 30 juin 1992, pourvoi n° 90-20991, Bull. 1992 IV, n° 258 p. 179 ; *D.* 1992. Somm. 391.
- obs. sous : Cass. com., 9 nov. 2002, pourvoi n° 01-13492, *D.* 2003, p. 2427R.
- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III, 2002 n° 77, p. 66 ; *D.* 2002, p. 3006.
- obs. sous : Cass. com., 7 janv. 2004, pourvoi n° 02-17091, *D.* 2005, p. 152.
- note sous : Cass. com., 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14118, *D.* 2008, p. 388.
- obs. sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110, *D.* 2009, p. 2888.
- obs. sous : CA Paris, 16 avr. 1991, *D.* 1992, somm. p. 392.
- obs. sous : CA Paris, 17 sept. 2009, RG n° 05/20661, Concurrences n° 1-2010, p. 199.
- obs. sous : CA Paris, 11 juin 1992, *D.* 1992, somm. p. 392.
- obs. sous : CA Paris, 17 fév. 1994, *D.* 1995, somm. p. 70
- obs. sous : CA Paris, 29 sept. 1992, *D.* 1995, somm. p. 76.
- obs. sous : CA Paris, 11 juin 1992, *D.* 1992, p. 391.
- obs. sous : CA Paris, 25 févr. 1992, *D.* 1992, somm. p. 391.

- obs. sous : CA Paris, 14 févr. 1991, *D.* 1992, p. 392.
- obs. sous : CA Paris, 29 sept. 1992, *D.* 1995, som. 78.
- obs sous : CA Paris, 7 avr. 1993, *D.* 1995, p. 75.
- obs sous : CA Paris, 17 mai 1995, *D.* 1997, p. 55.
- obs. sous : CA Paris, 6 févr. 1996, *D.* 1997, p. 5.
- obs sous : CA Paris, 7 juill. 1995, *D.* 1998, p. 337.
- obs sous : CA Paris, 23 janv. 1992, *D.* 1992, somm. p. 392.
- obs. sous: Cass. com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71 ; *D.* 1998, p. 334.
- obs sous : CA Douai, 15 oct. 2001, *D.* 2002. Somm. 3005.
- obs sous : CA Paris, 24 janv. 2002, *D.* 2003, p. 2428.

FAGES (B.) :

- note sous : CA Paris 14 févr. 1997, JCP 1998 II, 10 000
- obs. sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°s 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; RTD civ., 2008, p. 478.

GARCIA (M.-R.) :

- obs. sous : Cass. soc. 29 juin 1999, pourvoi n° 97-40082, Bull. 1999 V n° 309, LPA19 juill. 2000, p. 15.

GENICON (T.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 13 juill. 2010, pourvoi n° 09-67516, RDC 2011, p. 65.
- obs. sous : Cass. com., 5 oct. 2010, pourvoi n° 08-11630, RDC, 2011, p. 431.

HEMARD (J.) :

- note sous : Cass. com., 21 oct. 1970, pourvoi n° 68-12882, JCP 1971, II, 16798.
- note sous : Cass. com., 21 oct. 1970, pourvoi n° 68-12882, Bull. n 279, p. 244 ; JCP 1971, II, n° 16798.
- note sous : CA Aix-en-Provence, 31 oct. 1963, JCP 1964, II, 13647.
- note sous : Cass. com., 12 déc. 1967, JCP, 1968, II, 15534.

GHESTIN (J.) :

- note sous : Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, JCP 1996, II, n° 22565.

GOLDMAN (B.) :

- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; JCP 1963. II. 13405.

HAEHL (J.-P.) :

- obs. sous : Cass. com., 19 déc. 1995, pourvoi n° 92-20116, Bull. 1995 IV n° 307, p. 281.

HOUIN (R.):

- note sous: Cass. com., 11 oct. 1978 (trois arrêts), pourvoi n°s 77-10155, 77-11485, 77-11624, Bull. civ. n°s 223, p. 188, 224, p. 189, 225 ; *D.* 1979, p.135.

HOUTCIEFF (D.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 13 juill. 2010, pourvoi n° 09-67516 ; Gaz. Pal. 2010, n° 304, p.16.

HOVASSE (H.) :

- note sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°s 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; JCP *E* n° 40, 2 oct. 2008, 2210.

GROSSER (P.):

- note sous: Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11630 ; JCP 2011, n° 3, 63.

GUYENOT (J.) :

- note sous : CA Amiens, 13 déc. 1973, Gaz. Pal. 1974, 1, jurispr. p. 190.
- note sous : Cass. com., 13 mai 1970, pourvoi n° 69-10934, Bull. civ. IV, n° 161, p. 144 ; *D.* 1970, p. 701.

JAMIN (C.) :

- note sous : CA Paris, 10 mars 1989, Gaz. Pal. 13 juill. 1989, p. 549
- note sous : CA Paris, 10 mai 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, p. 541.
- note sous : Cass. com., 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 3 ; JCP 1992. I. 3591.
- note sous : CA Paris, 15 déc. 1992, JCP E 1993, pan. 357 ; JCP 1994, II, 22205.
- note sous : Cass. com., 5 oct. 1993, pourvoi n° 91-10408, Bull. civ. IV, n° 326 p. 234 ; JCP 1994, II.
- obs. sous : CA Paris, 24 mars 1995, JCP, 1995, p. 3867.
- note sous : Cass. com., 30 janv. 1996, JCP E 1996, II, 825.
- note sous : Cass. com., 21 janv. 1997, *D.* 1997, p. 414.
- note sous : CA Paris, 19 nov. 1997, RJS 1998, n° 265.
- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, pourvoi n° 96-21.485, Bull. civ. I, n° 300 ; *D.* 1999, jur. p. 197.
- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.170, arrêt n° 262, Bull. civ. I, n° 40 ; *D.* 2001, jur. p. 1568.
- note sous : Cass. com., 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 JCP 2002, II, 10157.
- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, JCP 2004, 10032

KENFACK (H.) :

- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III n° 77, 2002, p. 66 ; *D.* 2002. p. 2400.
- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; *D.* 2006, p. 1901.
- note sous : Cass. com., 9 oct. 2007, pouvoi n° 05-14118, RJDA, 4/2008, p. 355.

L'HENORET-MARCELLESI (D.) :

- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; Gaz. Pal. 19 juill. 2006, p. 37.

Le CANNU (P.) et DONDERO (B.) :

- obs. sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; RTD com. 2009, p. 385.

Le TOURNEAU (P.) :

- note sous : CA Paris 27 mai 1980, *D.* 1981, p. 317.
- note sous : Cass. com., 19 déc. 1995, pourvoi n° 92-20116, Bull. 1995 IV n° 307, p. 281 ; *Rev. sociétés* 1996. 347.
- note sous : Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-18351, Bull. civ. IV, n° 390, p. 284 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 321.
-

LEVEL (P.) :

- note sous : CA Paris, 19 nov. 1969, JCP 1970, II, n° 16253.

LEVENEUR (L.) :

- note sous : Cass. com., 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 3, *Contrats, conc. cons.* 1992, n° 110.
- note sous : Cass. com., 23 juin 1992, *Contrats, conc. cons.* nov. 1992.

- note sous : Cass. com., 12 juill. 1993, Contrats, conc. cons. 1993, comm. 207.
- note sous : Cass. com., 1^{er} févr. 1994, Contrats, conc. cons. 1994, comm. 93.
- note sous : CA Paris, 3 févr. 1994, Contrats, conc. cons. juin 1994, comm. 113.
- note sous : Cass. com., 24 mai 1994, Contrats, conc. cons. 1994, comm. 191.
- note sous : Cass. com., 5 juill. 1994, pourvoi n° 92-17918, Contrats, conc. cons. 1994, n° 219.
- note sous : Cass. com., 9 juin 1992, pourvoi n° 90-17070, Contrats, conc. cons. 1992, n° 225.
- note sous : Cass. com., 26 mars 1996, Contrats, conc. cons. 1996, n° 136.
- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, Contrats, conc. cons. 1997, comm. 42.
- note sous : Cass. com., 6 mai 1997, pourvoi n°s 94-16335 et 95-10252, Bull. civ. 1997, IV, n° 117 et 118 ; Contrats, conc. cons. 1997, comm. 147.
- note sous : Cass. com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71 ; JCP *E* 1998, p. 894 ; Contrats, conc. cons. 1998, comm. 55.
- note sous : Cass. com., 22 févr. 2000, JCP. *E* 2000, p. 1429.
- note sous : Cass. com., 21 nov. 2000, pourvoi n° 98-12527, Contrats, conc. cons. 2001, comm. 20.
- note sous : Cass. com., 7 juill. 2004, pourvoi n° 02-15950, Bull. civ. IV, Contrats, conc. cons. 2004, comm. 170.
- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 13 juill. 2010, pourvoi n° 09-67516, Contrats, conc. consom. 2010, n° 11.

LIENHARD (A.) :

- obs. sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°s 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; *D.* 2008, p. 1623.

LOUSSOUARN (Y.) :

- note sous : Cass. com., 11 oct. 1978 (trois arrêts), pourvoi n°s 77-10155, 77-11485, 77-11624, Bull. civ. n°s 223, p. 188, 224, p. 189, 225, JCP 1979 . II .19034.

MAINGUY (D.) :

- obs. sous: CA Chambéry, 11 juill. 2000, Cah. dr. entr. 2001/4, 28.
- obs. sous: Cass. com., 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 ; Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 28.
- note sous : Cass. com., 2 juill. 2002, JCP n° 6, 5 févr. 2003, p. 247.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J-L.) :

- note sous : Cass. com., 10 mai 2000, Cah. dr. entrepr. n° 2, p. 28.

MALAUURIE-VIGNAL (M.) :

- note sous : Cass. com., 22 févr. 2000, Contrats, conc. consom. 2000, n° 92.
- note sous : Cass. com., 8 janv. 2002, pourvoi n° 98-19526 ; LPA, 3 juil. 2003, n° 132, p. 16.
- note sous : Cass. com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-14762, Contrats, conc. consom. 2003.
- note sous : Cass. com., 2 juill. 2002, LPA3 juill. 2003, n° 132, p. 30.
- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 17 mai 2005, pourvoi n° 04-12176, Contrats, conc. cons. n° 10, oct. 2005, comm. 169.
- note sous : CA Caen, 29 sept. 2005, Contrats, conc. cons. 2006, n° 132, obs. M. MALAUURIE-VIGNAL

- note sous : Cass. com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, Bull. 2006 IV n° 9 p. 8 ; Contrats, conc. cons. n° 4, avr. 2006, comm. 67.
- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; Contrats, conc. cons. n° 5, mai 2006, comm. 82.
- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 2007, n° 06-11591 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 181.
- note sous : Cass. com., 9 oct. 2007, pouvoi n° 05-14118, Contrats, conc. cons. 2007, comm. n° 298.
- note sous : CA Chambéry, 2 oct. 2007, Contrats, conc. cons. 2008, comm. 98.
- note sous : Cass. com., 10 janv. 2008, Contrats, conc. cons. 2008, comm. 71.
- note sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°^{os} 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 ; Contrats, conc. cons. 2008, n° 2000.
- note sous : CA Paris, 4 déc. 2008, Contrats, conc. cons. n° 11, nov. 2010, comm. 247.
- note sous : CA Paris, 29 oct. 2009, Contrats, conc. cons. 2009, comm. 287.
- note sous : Cass. com., 24 nov. 2009, pourvoi n° 08-17650, Contrats conc. cons. n° 2, févr. 2010, comm. 43.
- note sous : CA Paris, 25 févr. 2010, Contrats, conc. cons. 2010, comm. 209.

MARECHAL (C.) :

- note sous : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°^{os} 06-18007, Bull. 2008, IV, n° 111 et 06-13761, Bull. 2008, IV, n° 110 JCP n° 38, 17 sept. 2008, II 10154.

MAROT (Y.) :

- note sous : CA Lyon, 26 févr. 1993, LPA, 3 août 1994, n° 92.
- note sous : CA Paris, 7 avr. 1993, LPA3 déc. 1993, n° 145, p. 15.
- note sous : CA Paris, 13 déc. 1995, LPA27 nov. 1998 n° 142, p. 20.
- note sous : CA Versailles, 4 juill. 1996, LPA, 7 janv. 1998, p. 14.
- note sous : CA Orléans, 14 sept. 2000, D. 2001. 1017.
- obs. sous : TGI Nîmes, 19 janv. 2005, JCP E n° 49, 8 déc. 2005, 1775.

MATHEY (N.) :

- note sous : Cass. com., 8 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 1; PA 3 juill. 2003, n° 132, p. 41.
- note sous : CA Caen, 12 mai 2010, n° 08/04076, JCP E 2010.

MAZEAUD (D.) :

- note sous : Cass. com., 6 mai 1997, pourvoi n°^{os} 94-16335 et 95-10252, Bull. civ. 1997, IV, n° 117 et 118 ; Defrénois 1997, art. 36633, p. 977.
- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, pourvoi n° 96-21.485, Bull. civ. I, n° 300 ; Defrénois, 1999, art. 36953, n° 17.
- note sous : Cass. com., 24 oct. 2000, D. 2001, p. 3236.
- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 2001, D. affaires 2002, p. 71.
- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, D. 2001, p. 3239.
- obs. sous : Cass. com., 25 avr. 2001, D. 2001, n° 40, jur. comm. p. 3237.
- obs. sous : Cass. mixte, 22 avr. 2005, pourvoi n° 02-18326, Bull. 2005 MIXT. n° 3, p. 9 et pourvoi n° 03-14112, Bull. 2005 MIXT. n° 4, p. 10 ; RDC 2005, p. 651.
- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, RDC 2007, p. 267.
- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-11591, RDC 2008, p. 272.

MESTRE (J.) :

- obs. sous : Cass. com., 25 févr. 1986, RTD civ., 1987, p. 85.

- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986, pourvoi n° 84-15705, Bull. I n° 279, p. 266 ; RTD civ., 1987, p. 313.
- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 13 avr. 1988, pourvoi n° 86-18713, RTD civ., 1989, p. 743.
- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1989, pourvoi n° 87-11473, Bull. 1989 I n° 365 p. 245 ; RTD.civ., 1990, p. 473.
- obs. sous : Cass. com., 9 oct. 1990, pourvoi n° 89-13384 ; RTD civ., 1991, p. 325.
- obs. sous : Cass. com., 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 3 ; RTD civ., 1992, p. 762.
- obs. sous : Cass. com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18547, Bull. civ. IV, n° 338, p. 241 ; RTD civ., 1993, p. 124.
- obs. sous : Cass. com., 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 149 ; RTD civ., 1994, p. 603.
- obs. sous : CA Versailles, 8 juill. 1994, RTD civ., 1995, p. 97.
- obs. sous : Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, RTD civ., 1996, p. 153.
- Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-18351, Bull. civ. IV, n° 390, p. 284 ; RTD civ., 1995, p. 104.
- obs. sous : Cass. com., 19 déc. 1995, pourvoi n° 92-20116, RTD civ., 1995, p. 104.
- obs. sous : Cass. com., 10 févr. 1998, RTD. civ., 1998, p. 365.
- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1989, pourvoi n° 87-11473, Bull. 1989 I n° 365 p. 245 ; RTD civ., 1990, p. 474.
- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, pourvoi n° 93-21728, Bull. civ. I, n° 118, p. 84 ; RTD civ., 1996, p. 906.
- obs. sous : Cass. com., 6 mai 1997, pourvoi n°^{os} 94-16335 et 95-10252, Bull. civ. 1997, IV, n° 117 et 118 ; RTD civ., 1997, p. 936.
- obs. sous : CA Rennes, 1^{er} avr. 1998, RTD civ., 1999, p. 87.
- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 01-13018, Bull. 2005 I n° 136, p. 117 ; RTD civ., 2005, p. 381.

MESTRE (J.) et FAGES (B.) :

- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.170, arrêt n° 262, Bull. civ. I, n° 40 ; RTD civ., 2001, p. 363.
- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, RTD civ., 2006, p. 553.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.):

- note sous: Cass. com., 1^{er} juill. 2003, pourvoi n° 01-17766, JCP *E* 2004, 869.

MOTULSKY (H.) :

- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, RCDIP 1963, p. 615.

MOUSSERON (P.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 13 juill. 2010, pourvoi n° 09-67516 ; JCP *E* 2010, n° 51, p.31.

NEAU-LEDUC (P.) :

- obs. sous : CA Paris, 7 juill. 1995, JCP *E* 1998, p. 605.
- note sous : Cass. com., 16 mai 2000, JCP *E* 2001, n° 6, p. 269.

PELISIER (J.) :

- obs. sous : Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239 ; *D.* 2002. Somm. 3111.

PETEL (P.):

- obs. sous : CA Paris, 15 déc. 1992, JCP *E* 1993, I, 275.

PETIT (F.) :

- note sous : Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239 ; JCP 2002. II. 10162.

PICOD (Y.):

- obs. Sous: Cass. com., 1^{er} juill. 2003, pourvoi n° 01-17766, *D.* 2004, somm. p. 1153.

PIEDELIEVRE (S.) :

- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19212, Bull. civ, I, n° 287 ; *D.* 1995, 621.

PLAISANT (R.) :

- note sous : CA Lyon, 24 janv. 1964 ; *D.* 1965, jurispr. p. 185.

POUMARÈDE (M.) :

- note sous : CA Orléans, 2 juill. 2004, LPA, 20 oct. 2005 n° 209, p. 13.

PUTMAN (E.) :

- note sous : CA Montpellier, 11 août 1999, *D. Aff.* 1999, p. 28.
- note sous : T. com. Paris, 2 avr. 1999, *D. Aff.* 1999, p. 980.

RAYNARD (J.) :

- obs. sous : CA Paris, 7 juill. 1995, *JCP E* 1996, p. 523.
- obs. sous : CA Caen, 29 sept. 2005, *JCP E* 2006, p. 1216.
- obs. sous : Cass. com., 17 janv. 2006, Bull. civ. IV, n° 9 ; *JCP E* 2006, p. 1216.

REBOUL (N.) :

- note sous : CA Paris, 9 juin 1999, *RJDA* 1999, n° 1150, LPA20 mars 2000, p. 14.
- note sous : Cass. com., 3 janv. 1996, pourvoi n° 94-12314 ; *JCP E* 1996 II. 865.

REIGNE (P.) :

- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, *JCP* 1996, II, 22815.

RESPAUD (L.) :

- obs. sous: Cass. com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-14762, *cah. dr. entr.* n° 5, p. 43.

REVERDY (P.-M.) :

- note sous : Cass.com, 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65 p. 65 ; *JCP E* 2006, 1902.

ROCHFELD (J.):

- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 2007, n° 06-11591, *D.* 2007, p. 2068.

ROLLAND (A.) :

- note sous : CA Amiens, 13 déc. 1973, *D.* 1975, jurispr. p. 452.

ROBERT (J.) :

- note sous : Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, *D.* 1963, p. 545.

ROUQUET (Y.) :

- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, *D.* 2006, p. 1454.

ROUSSILLE (M.) :

- note sous : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 2007, n° 06-11591, *JCP* 2007, 10179.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) :

- obs. sous : CA Paris, 12 avr. 2002, *Comm. com. électr.* 2003, n° 15.

SAINTOURENS (B.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. III n° 77, 2002, p. 66 ; RTD com. 2002, p. 457.

SAVAUX (E.) :

- obs. sous : Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.170, arrêt n° 262, Bull. civ. I, n° 40, Defrénois, 2001, n° 41, p. 705.

SAYAG (A.):

- note sous: Cass. com., 13 mai 1970, pourvoi n° 69-10934 Bull. civ. IV, n° 161, p. 144 ; JCP 1971 II 16891.

SELINSKY (V.) :

- obs. sous : Cons. conc. décision n° 94-D-27 du 26 avril 1994 relative à des pratiques de la société Electrolux motoculture sur le marché de la distribution du matériel de jardin, Rec. Lamy, n° 584, obs. V. SELINSKY.

SERRA (Y.) :

- obs. sous : Cass. com., 19 mai 1987, pourvoi n° 85-16840, Bull. 1987 IV n° 121 p. 92 ; *D.* 1988, somm. p. 177.
- note. sous : Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1989, pourvoi n° 87-11473, Bull. 1989 I n° 365 p. 245 ; *D.* 1990, p. 335.
- obs. sous : Cons. Conc. arrêt Eras, 18/6/1997, *D.* 1998, p. 223.
- obs. sous : CA Versailles, 14 juin 1991, *D.* 1992, somm. p. 349.
- obs. sous: Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, pourvoi n° 93-21728, Bull. civ., I, n° 118, p. 84 ; *D.* 1997, p. 97.
- note sous: Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239 ; *D.* 2002. Jur. 2491.
- obs. sous : Cass. com., 22 oct. 1991, pourvoi n° 90-11193, Bull. civ. 1991, IV, n° 301 ; *D.* 1992, somm. p. 349.

SEUBE (J.-B.) :

- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 04-10051, RDC 2006, p. 1154.
- obs. sous : Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 2007, n° 06-11591 ; RDC 2007, p. 1210

STOFFEL-MUNCK (P.) :

- note. sous : Cass. 1^{ère} civ., 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19053, Bull. 2002 I n° 68 p. 51 ; PA 18 nov. 2002, p. 10.
- note sous : Cass. com., 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21172 ; *D.* 2002, jurispr. p. 1974
- note. sous : CA Bordeaux, 26 févr. 2003, Comm. com. électr. n° 12, déc. 2004.
- note. sous : Cass. com., 9 oct. 2007, pouvoi n° 05-14118, Comm. Com. Electr. n° 3, mars 2008, comm. 42.

TIQUANT (O.) :

- obs. sous : Cass. com., 10 févr. 1998, *D.* 2002, p. 2597.

TOSI (J.-P.) :

- note sous : Cass. mixte, 22 avr. 2005, pourvoi n° 02-18326, Bull. 2005 MIXT. n° 3, p. 9 et pourvoi n° 03-14112, Bull. 2005 MIXT. n° 4, p. 10 ; *D.* 2005.1864.

VINEY (G.):

- note sous: Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, pourvoi n° 05-13255, *D.* 2006, p. 2825.
- obs. sous : Cass. mixte, 22 avr. 2005, pourvoi n° 02-18326, Bull. 2005 MIXT. n° 3, p. 9 et pourvoi n° 03-14112, Bull. 2005 MIXT. n° 4, p. 10 ; JCP 2005. II. 10066.
- note sous: Cass. com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18547, Bull. civ. IV, n° 338, p. 241.

- note sous : Cass. com., 9 nov. 1993, pourvoi n° 91-18351, Bull. civ. IV, n° 390, p. 284 ; JCP *E* 1994, II. 612, et *G* II. 22304.
- note sous : Cass. com., 19 déc. 1995, pourvoi n° 92-20116, Bull. 1995 IV n° 307, p. 281 ; JCP *E* 1994, II. 612.

VIRASSAMY (G.) :

- obs sous: Cass. com., 25 févr. 1986, pourvoi n° 84-13432, Bull. 1986 IV n° 33 p. 28 ; Cass. com., 10 févr. 1987, pourvoi n° 85-18186, Bull. 1987 IV n° 41 p. 31 ; JCP 1988, jurispr. 20995.

VOGEL (L.) :

- obs. sous : Cons. conc. n° 96-D-16 : BOCC 24 mai 1996, p. 263.
- obs. sous : Cons. conc. décision n° 96-D-36 du 28 mai 1996, BOCC 20 août 1996, p. 408.
- obs. sous : CA Paris, 18 mars 1997, Contrats, conc. cons. n° 5, mai 1997.

Autres

GLEICK (J.) :

- *Chaos: Making a New Science*, traduit en français par Ch. JEANMOUGIN sous l'intitulé « *La théorie du chaos. Vers une nouvelle science* », éd. Champs Flammarion, 1988 et en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu sous l'intitulé « Từ hiệu ứng con bướm đến lý thuyết hỗn độn », éd. Trẻ, 2011.

GUEYE (B.) :

- « La généralisation de la confiance, pivot de la performance dans les réseaux de franchise : proposition d'un modèle », *Management & Avenir* 2/2009 (n° 22), p. 171-187.

HADFIELD:

- « Problematic Relations Franchising and the Law of Incomplete Contracts », *Stanford Law Review*, 1990, p. 949.

RICARD (M.) et TRINH Xuan Thuan :

- *L'infini dans la paume de la main. Le moine et l'astrophysicien*, éd. Nil/Fayard 2000, traduit en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu, sous l'intitulé « Cái vô hạn trong lòng bàn tay », éd. Trẻ, 2005.

TRINH Xuan Thuan :

- *Origines : La nostalgie des commencements*, Fayard, 2006, traduit en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu sous l'intitulé « Nguồn gốc : Nỗi hoài niệm về những thuở ban đầu », éd. Trẻ, 2008.
- *Le dictionnaire amoureux du ciel et des étoiles*, éd. Plon/Fayard, 2009, traduit en vietnamien par PHAM Van Thieu et NGO Vu, sous l'intitulé « Từ điển yêu thích bầu trời và các vì sao », éd. Tri Thức.

Viện ngôn ngữ học Việt Nam (sous la direction de l'Institut linguistique du Vietnam) :

- *Từ điển Tiếng Việt (Dictionnaire de la langue vietnamienne)*, éd. Thanh Niên, 2000.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

-A-

Abandon :

- de la marque : 71.
- du passé contractuel : 510 et s.

Abus :

- dans la fixation du prix : 345 et s.
- de refus de cession : 450 et s.
- de contrôle : 171.
- de rupture du contrat : 495 et s.
- de confiance : 150.

Apport :

- en jouissance : 22 et s.

Assistance :

- domaine (de) : 268 et s.
- continue : 275 et s.
- préalable : 274.
- et indépendance : 285 et s.
- et immixtion du contrat : 272, 286.

Atteinte :

- à l'intérêt commun : 12, 172, 174, 519.
- à l'image de marque : 77, 81, 85-86, 141, 162, 167.

Autonomie :

- contractuelle : 80, 206, 474.
- des obligations post-contractuelles : 539 et s.

-B-

Bonne foi :

- et formation du contrat : 211, 230, 260.
- et exécution du contrat : 82, 348, 404, 415.
- et rupture du contrat : 496, 561.

-C-

Cause :

- absence (de) : 32, 53, 131-132.
- de l'obligation : 311, 505, 521, 532.
- et échange d'informations : 180 et s.

Cession :

- consentement du cédé : 449 et s.
- *intuitu personae* : 434 et s.
- notion : 441 et s.
- refus d'agrément : 453 et s.

Clientèle :

- notion : 18-19.
- propriété : 9, 19-bis, 531 et s.

Collaboration : 7, 10, 11, 37 et s.,

- et actualisation du savoir-faire : 141.
- et limitation de la perte : 82.
- et valorisation de la marque : 92, 94.

Communication :

- des informations : 212 et s.
- du savoir-faire : 102 et s.

Confiance :

- abus (de) : 150.
- et sincérité des informations : 234.
- et fixation du prix : 380.
- perte (de) : 480, 484, 496.

Confidentialité :

- définition : 519.
- portée : 520.
- proportionnalité : 521.
- survie : 540 et s.

Consentement :

- formation du contrat : 192 et s.
- et cession de contrat : 449 et s.
- vices : 244 et s.

Contrôle :

- des clauses abusives : 345 et s.

- des normes : 84, 169 et s.

-D-

Détermination :

- du domaine d'assistance : 268 et s.
- de l'exclusivité d'approvisionnement : 303 et s.
- de l'exclusivité territoriale : 384 et s.
- du prix de vente : 325 et s.
- du prix de revente : 366 et s.

Défaillance :

- de marque : 28, 33.
- de contrôle : 175.

Déséquilibre :

- de pouvoirs : 13, 192.

Détournement :

- de clientèle : 150, 530.

Devoir :

- de renseignement : 184 et s.
- de loyauté : 230, 232, 454.

DIP :

- contenu (du) : 213 et s.

Dol :

- appréciation : 245.
- notion : 244.
- nullité : 247.

-E-

Egoïsme :

- et exclusivité territoriale : 419 et s.
- et fixation du prix : 347 et s.
- et exclusivité d'approvisionnement : 310 et s.

Effets :

- rétroactifs : 500 et s.
- post-contractuels : 545 et s.

Etanchéité :

- du réseau : 421 et s.

Exclusivité d'approvisionnement :

- validité : 303 et s.
- ententes restrictives : 319 et s.

Exclusivité territoriale :

- atteinte au créancier : 417 et s.

- atteinte au réseau : 421.

- conciliation des intérêts : 425 et s.

- détermination : 385 et s.

- ententes restrictives : 319 et s.

- et internet : 412 et s.

- validité : 305 et s.

-F-

Faute :

- dérisoire : 487.
- non-fondamentale : 478.
- grave : 405, 480, 484.

Fichier de clients :

- propriété (de) : 511.

Franchise :

- définition : 4.
- avantages et inconvénients : 6.
- et clientèle : 18 et s.

-H-

Homogénéité :

- contrôle : 165 et s.
- et exclusivité d'approvisionnement : 304 et s.

-I-

Immixtion : 272.

Indépendance :

- et contrôle excessif : 285 et s.

Indétermination :

- du prix : 330 et s.

Indemnité :

- de clientèle : 539.

Information :

- pertinente : 234.
- précontractuelle : 180 et s.

Interdépendance : 11, 201, 353, 564.

Intérêt commun :

- éléments constitutifs : 17 et s.
- notion : 7-11.
- et détermination du prix : 351, 357, 380.

- et actualisation du savoir-faire : 138 et s.
- et assistance : 266 et s.
- et protection de la marque : 66 et s.
- et protection du savoir-faire : 144 et s.
- et rupture du contrat : 496.
- et valorisation de la marque : 89 et s.

Intérêts particuliers :

- dans la cession du contrat : 437 et s.
- dans l'exclusivité d'approvisionnement : 302 et s.
- dans l'exclusivité territoriale : 382 et s.
- dans la rupture du contrat : 470 et s.

Internet :

- et étanchéité du réseau : 421.
- et exclusivité territoriale : 412 et s.
- et vente passive : 418.

***Intuitu personae* :** 444 et s.

- réciprocité : 445.
- et cession de contrat : 439 et s.

-L-

Liberté contractuelle :

- et la rupture du contrat : 488, 500.
- et aménagement post-contractuel : 517, 550.

Localisation :

- du point de vente : 393 et s.

Loyauté :

- et détournement de clientèle : 417.
- et qualité des informations : 230, 232.
- et rupture du contrat : 454, 496.
- et refus d'agrément : 453.

-M-

Marque :

- fonctions : 25.
- protection : 78 et s.
- atteinte (à) : 85.

- image (de) : 26, 47, 91, 141.

Minoration :

- du prix : 357.

Mise à disposition :

- notion : 35.
- de la marque : 27 et s.

-N-

Non-concurrence :

- définition : 522.
- limitations : 526 et s.
- cause (de la clause de) : 532 et s.
- survie : 540 et s.

Non-renouvellement :

Norme :

- concours (des) : 227 et s.
- respect (de) : 84, 93, 145, 165.

Notoriété de la marque :

- exigence : 44 et s.
- appréciation : 56 et s.

Nullité :

- pour absence de cause : 32, 53, 120, 124, 132, 230.
- pour défaut d'objet : 28, 330 et s.
- pour vice du consentement : 244 et s.

-P-

Préavis : 490.

- durée : 492 et s.

Prêt à usage : 38.

Prix :

- abusif : 356.
- conseillé : 373.
- discrétionnaire : 340 et s.
- indéterminable : 336.
- imposé : 367 et s.
- « ouvert » : 360.
- raisonnable : 363, 380.
- du marché : 362.

Propriété :

- de clientèle : 9, 19-bis, 531 et s.

Proportionnalité :

- de la clause de confidentialité : 521.
- de la clause de non-concurrence : 531 et s.
- dans la fixation du prix : 352.

-R-**Relation :**

- commerciale établie : 490 et s.
- post-contractuelle : 514 et s.

Requalification :

- du contrat de franchise : 287.

Rupture :

- abusive : 495 et s.
- effets : 499 et s.
- en l'absence de faute : 488 et s.
- pour faute : 472 et s.
- préavis : 492 et s.
- et naissance de nouvelles obligations : 514 et s.

-S-**Sanction :**

- administrative : 158, 251.
- alternative : 248.
- civile : 160, 253.
- pénale : 150, 159, 238 et s.

Savoir-faire :

- actualisé : 138.
- définition : 104
- identifiable : 116.
- original : 123.
- secret : 113.
- substantiel : 128.
- testé : 135.
- Transmissible : 118.

-V-**Vente :**

- active : 426.
- en ligne : 415, 426.
- passive : 419, 434.

Index thématique des principales décisions judiciaires

(Les chiffres en gras renvoient aux numéros dans lesquels les décisions ont été présentées)

I. Les décisions relatives à la marque

1. *L'existence de la marque : condition de validité de la franchise*

- CJCE, 28 janv. 1986 : **4** (v. note).
- Cass. com., 19 oct. 1999 : **32**.
- Cass. com., 6 mai 2003 : **32** (v. note).
- CA Poitiers, 13 sept. 2005 : **4**.
- CA Toulouse, 25 mai 2004 : **4** (v. note).
- CA Versailles, 7 févr. 2002 : **32** (v. note).
- CA Paris, 28 avril 1978 : **4** (v. note).

2. *Notoriété de la marque*

- Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002 : **53**.
- Cass. com., 1 févr. 1994 : **50** (v. note).
- Cass. com., 12 juill. 1993 : **53**.
- Cass. com., 9 oct. 1990 : **53**.
- Cass. com., 28 avr. 1987 : **62**.
- CA Paris, 18 mai 2001 : **62**.
- CA Paris, 17 janv. 1996 : **63**.
- CA Paris, 11 juin 1992 : **53** (v. note).
- CA Montpellier, 20 févr. 1992 : **53**.
- CA Paris, 29 mai 1991 : **50** (v. note).
- CA Paris, 16 avr. 1991 : **53** (v. note).
- CA Montpellier, 7 févr. 1991 : **53** (v. note).
- CA Dijon, 10 oct. 1990 : **53** (v. note).
- CA Paris, 6 mars 1986 : **62** (v. note).
- CA Agen, 4 juill. 1988 : **53**.

3. *Défaillance de marque*

- Cass. crim., 14 mars 1996 : **70**.

- Cass. com., 3 janv. 1996 : **33, 71**.

- Cass. com., 12 juil. 1993 : **93**.

- CA Paris, 25 sept. 1998 : **90**.

4. *Atteinte à l'image de marque*

- Cass. com., 6 mai 2002 : **85**.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996 : **86** (v. note).
- Cass. com., 28 nov. 1995 : **86**.
- Cass. crim., 14 nov. 1989 : **84**.
- CA Paris, 5 avr. 2006 : **74**.

II. Les décisions relatives au savoir-faire

1. *Existence du savoir-faire : condition de validité du contrat de franchise*

- Cass. com., 1^{er} juill. 2005 : **109**.
- Cass. com., 11 juin 1996 : **100** (v. note).
- Cass. com., 9 oct. 1990 : **109**.
- CA Poitiers, 13 sept. 2005 : **4**.
- CA Bordeaux, 17 avr. 1991 : **100** (v. note).
- CA Nancy, 18 nov., 2009 : **100** (v. note).
- CA Paris, 24 janv. 1975 : **109**.

2. *Savoir-faire secret*

- Cass. com., 13 juill. 1966 : **115**.
- CA Paris, 16 avr. 1991 : **115** (v. note).
- CA Dijon, 10 oct. 1990 : **115** (v. note).
- CA Versailles, 9 déc. 1987 : **115** (v. note).

3. *Savoir-faire identifiable*

- CA Colmar, 9 mars 1990 : **117**.

4. Savoir-faire transmissible

- CA Paris, 10 mars 1989 : **120**.
- CA Paris, 24 janv. 1975 : **119**.
- T. com. Paris, 31 mai 1988 : **120** (v. note)

5. Savoir-faire original

- Cass. com., 30 janv. 1996 : **124** (v. note)
- Cass. com., 24 mai 1994 : **124** (v. note)
- Cass. com., 10 mai 1994 : **124** et **127**.
- Cass. com., 9 oct. 1990 : **124** (v. note).
- CA Paris, 21 janv. 2009 : **127** (v. note).
- CA Montpellier, 27 nov. 2008 : **127** (v. note)
- CA Paris, 14 avr. 1995 : **124** (v. note)
- CA Lyon, 26 févr. 1993 : **127**.
- CA Colmar, 9 juin 1982 : **124**.

6. Savoir-faire substantiel

- Cass. com., 18 oct. 2011 : **130**.
- CA Lyon, 24 janv. 2008 : **132**.
- CA Dijon, 10 oct. 1990 : **130**.
- CA Paris, 7 juin 1990 : **132**.

7. Savoir-faire testé

- Cass. cr. 3 oct. 1996 : **136**.
- CA Paris, 16 avr. 1991 : **136**.
- CA Agen, 4 juill. 1968 : **137**.

8. Savoir-faire actualisé

- CA Paris, 12 janv. 1994 : **140**.
- CA Paris, 15 sept. 2000 : **142**.

9. Savoir-faire et contrôle des normes

- Cass. com., 9 oct. 1990 : **169**.
- CA Paris, 18 mars 2009 : **169**.
- CA Nancy, 22 oct. 2008 : **172**.

- CA Bordeaux, 24 janv. 2007 : **169** (v. note).
- CA Paris, 11 juin 1992 : **169** (v. note).
- CA Paris, 14 févr. 1991 : **169** (v. note).
- CA Paris, 10 mai 1989 : **169**.

III. Les décisions relatives à l'obligation d'information

1. Les décisions admettant la nullité automatique

- CA Paris, 24 mars 1995 : **241**.
- CA Montpellier, 4 déc. 1997 : **241** (v. note).
- CA Paris, 17 mai 1995 : **241** (v. note).
- CA Paris, 7 juill. 1995 : **241** (v. note).
- CA Paris, 24 mars 1995 : **241** (v. note).
- T. com. Paris, 28 oct. 1992 : **241** (v. note).

2. Les décisions admettant la nullité sur la base du vice du consentement

- Cass. com., 10 févr. 1998 : **242**.
- Cass. com., 7 juill. 2004 : **242** (v. note).
- Cass. com., 21 nov. 2000 : **242** (v. note).
- Cass. com., 10 mai 2000 : **242** (v. note).
- Cass. com., 19 oct. 1999 : **242** (v. note).
- CA Paris, 19 nov. 2008 : **247**.
- CA Versailles, 20 oct. 2006 : **242**.
- CA Toulouse, 26 janv. 2006 : **242** (v. note).
- CA Paris, 4 déc. 2003 : **246**.
- CA Paris, 26 mars 1999 : **242**.
- CA Nîmes, 10 mars 1999 : **242**.
- CA Paris, 6 nov. 1998 : **242** (v. note).
- CA Rennes, 1 avr. 1998 : **242** (v. note).

- T. com., Paris, 25 janv. 2001: **242**.
- TGI Colmar, 30 mars 2000 : **242** (v. note).
- T. com., Marseille, 29 avr. 1999 : **242** (v. note).
- T. com., Paris, 10 mars 1999 : **242**.

3. Les décisions admettant les sanctions alternatives

- Cass. com., 27 janv. 2009 : **248**.

IV. Les décisions relatives à l'obligation d'assistance

- Cass. 3^{ème} civ., 17 mai 2005 : **276**.
- Cass. com., 18 juin 2002 : **273**.
- Cass. com., 8 janv. 2002 : **274, 283**.
- Cass. com., 17 nov. 1998: **283**.
- Cass. com., 30 janv. 1996 : **278**.
- Cass. com., 19 déc. 1995 : **86**.
- Cass. com., 7 mars 1995 : **274** (v. note).
- Cass. com., 9 nov. 1993 : **287**.
- CA Paris, 24 sept. 2008 : **279**.
- CA Douai, 6 sept. 2007 : **277**.
- CA Poitiers, 13 sept. 2005 : **4**.
- CA Toulouse, 25 mai 2004 : **4** (v. note).
- CA Paris, 18 juin 2003 : **288** (v. note).
- CA Versailles, 27 févr. 2003 : **284**.
- CA Versailles, 29 mars 2001 : **274**.
- CA Paris, 11 févr. 1999 : **275**.
- CA Versailles, 4 juill. 1996 : **276**.
- CA Paris, 8 avr. 1996 : **287** (v. note).

- CA Paris, 11 juin 1992 : **277** (v. note).
- CA Paris, 27 avr. 1990 : **284**.
- CA Paris, 19 janv. 1990 : **277** (v. note).
- CA Aix, 8 juill. 1988 : **277** (v. note).
- CA Paris, 10 mars 1989 : **274**.
- CA Colmar, 6 déc. 1977 : **274**.

V. Les décisions relatives à l'exclusivité d'approvisionnement

1. Les décisions relatives à la validité de l'exclusivité d'approvisionnement

- CJCE, 28 janv. 1986, Aff. 161/84 : **321-222**.
- Cass. com., 2 juill. 2002 : **314**.
- Cass. com., 6 avr. 1999 : **314**.
- Cass. com., 11 mars 1981 : **317**.
- CA Paris, 18 mars 1997 : **323** (v. note).
- Cons., conc., déc. n° 99-D-49 du 6 juillet 1999 : **306**.
- Cons., conc., déc. n° 96-D-36 du 28 mai 1996 : **305, 321, 323**.
- Cons., conc., déc. n° 106 du 19 mars 1996 : **305** (v. note).

2. Les décisions admettant la nullité du contrat pour indétermination du prix

Au Vietnam :

- Cour populaire suprême, 19 juin 2002, arrêt n° 100/GDT-DS : **330**.

En France :

- Cass. com., 12 déc. 1989 : **333**.
- Cass. com., 30 juin 1992 : **334** (v. note).

- Cass. com., 5 nov. 1991 : **333** (v. note).
- Cass. com., 12 janv. 1988 : **334, 337**.
- Cass. com., 1^{er} déc. 1981 : **333** (v. note).
- Cass. com., 11 oct. 1978 (trois arrêts) : **333** (v. note).
- Cass. com., 26 juin 1972 : **334** (v. note).
- Cass. com., 21 oct. 1970 : **334** (v. note).
- Cass. com., 13 mai 1970 : **334** (v. note).
- Cass. com., 12 juill. 1966 : **334** (v. note).
- CA Poitiers, 12 avr. 1989 : **337**.

3. Les décisions refusant la nullité du contrat pour indétermination du prix

Au Vietnam :

- Cour populaire suprême, 5 mai 2010, arrêt n° 21/2010/DS-GDT : **362**.
- Cour populaire suprême, 10/HDTP-DS, 25 déc. 2002 : **330**.
- Tribunal populaire de Hanoï, arrêt n° 16/KTST, 25 févr. 2005 : **330**.

En France :

- Cass. com, 30 juin 2004 : **348**.
- Cass. com., 23 févr. 1999 : **344**.
- Cass. com., 21 janv. 1997 : **344, 347**.
- Cass. plén. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts) : **342-344**.
- CA Paris, 24 oct. 2010 : **348**.
- CA Toulouse, 11 déc. 2007 : **349**.

4. Les décisions sanctionnant le prix de revente imposé

- Cass. com., 27 janv. 1998 : **372** (v. note).
- Cass. com., 7 oct. 1997 : **369**.
- CA Paris, 16 juin 1993 : **372**.

- CA Paris, 13 déc. 1995 : **372**.
- T. corr. Paris, 26 sept. 1985 : **373**.
- Aut. conc., 30 juin 2009, déc. n° 09-D-23 : **370**.
- Cons., con., déc. n° 94-D-27 du 26 avr. 1994 : **373**.

VI. Les décisions relatives à l'exclusivité territoriale

Au Vietnam :

- Cour populaire suprême, 19 mars 2010, arrêt n° 04/2010/KDTM-GDT : **389**.

En France :

- CJUE 13 oct. 2011, n° C-439/09 : **422**.
- Cass. com., 29 juin 2010 : **405**.
- Cass. com., 20 mars 2007 : **392**.
- Cass. com., 19 déc. 2006 : **401**.
- Cass. ch. mixte, 26 mai 2006 : **407** (v. note).
- Cass.com, 14 mars 2006 : **419**.
- Cass. com., 11 janv. 2005 : 408 (v. note).
- Cass. com., 1^{er} juill. 2003 : **408**.
- Cass. com., 14 janv. 2003 : **410**.
- Cass. com., 9 nov. 2002 : **382**.
- Cass. com., 27 févr. 1996 : **394**.
- Cass. com., 7 mars 1995 : **394**.
- Cass. com., 9 mars 1993 : **407**.
- Cass. com., 3 déc. 1991 : **401**.
- Cass. com., 19 déc. 1989 : **404**.
- Cass. com., 14 févr. 1989 : **403**.

- Cass. com., 28 janv. 1980 : **382**.
- CA Paris, 29 oct. 2009 : **422**.
- CA Paris, 21 janv. 2009 : **426**.
- CA Paris, 4 déc. 2008 : **420**.
- CA Toulouse, 2 juill. 2008 : **401** (v. note).
- CA Pau, 10 oct. 2005 : **402**.
- CA Bordeaux, 26 févr. 2003 : **418**.
- CA Versailles, 2 déc. 1999 : **422** (v. note).
- CA Paris, 9 févr. 1988 : **404**.
- CA Lyon, 15 sept. 1995 : **405**.
- CA Colmar, 8 juin 1993 : **403**.
- CA Paris 11 mai 1983 : **400**.
- Cons. conc., déc. n° 94-D-27 du 26 avr. 1994 : **394**.
- Cons., conc., déc. n° 06-D-28 du 5 oct. 2006 : **422**.

VII. Les décisions relatives à la cession de contrat

1. Au Vietnam

- CA Hanoi, 25 avr. 2005, arrêt n° 83/DSPT : **460**.
- CA Ho Chi Minh – ville, 7 mars 2008, arrêt n° 195/2008/DSPT : **460**.

2. En France

- Cass. com., 24 nov. 2009 : **447**.
- Cass. com., 3 juin 2008 (deux arrêts) : **446, 451**.
- Cass. com., 5 oct. 2004 : **453**.
- Cass. com., 20 mai 2003 : **454**.

- Cass. com., 2 juill. 2002 : **453**.
- Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002 : **446** (v. note).
- Cass. com., 7 mars 2000 : **446**.
- Cass. com., 6 mai 1997 (2 arrêts) : **443**.
- Cass. com., 3 janv. 1996 : **454**.
- Cass. com., 7 janv. 1992 : **443**.
- CA Rennes, 20 janv. 2004 : **454**.
- CA Lyon, 17 mai 2001 : **453**.
- CA Orléans, 14 sept. 2000 : **450**.
- CA Paris, 30 juin 2000 : **445**.
- CA Paris, 24 juin 1998 : **450**.
- CA Versailles, 12 juin 1997 : **454**.
- CA Paris, 7 juin 1996 : **454**.
- CA Paris, 16 févr. 1995 : **454**.
- CA Paris, 25 janv. 1995 : **453**.
- CA Paris, 15 déc. 1992 : **444**.
- CA Paris, 6 févr. 1992 : **450**.

VIII. Les décisions relatives à la rupture du contrat

1. Les décisions admettant la résolution unilatérale

2. En France

- Cass. com., 19 mai 2010 : **484** (v. note).
- Cass. com., 7 avr. 2010 : **484** (v. note).
- Cass. com., 24 nov. 2009 : **481** (v. note).
- Cass. com., 10 févr. 2009 : **484** (v. note).
- Cass. com., 13 janv. 2009 : **481**.
- Cass. com., 20 févr. 2007 : **484** (v. note).
- Cass. com., 28 nov. 2006 : **481** (v. note).
- Cass. com., 14 déc. 2004 : **481** (v. note).

- Cass. 3^{ème} civ., 22 oct. 2002 : **480**.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2001 : **480** (v. note).
- Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998 : **480, 481, 487**.
- CA Paris, 19 juill. 2006 : **481** (v. note).
- CA Versailles, 13 mai 2004 : **485**.
- CA Paris, 25 mai 2000 : **481**.
- CA Paris 27 févr. 1989 : **484**.

2. Les décisions sanctionnant la rupture abusive du contrat de franchise

- Cass. com., 27 avr. 2011 : **491**.
- Cass. com., 3 nov. 2004 : **495, 497**.
- Cass. com., 7 oct. 1998 : **496**.
- Cass. com., 20 janv. 1998 : **495, 496**.
- Cass. com., 5 oct. 1993 : **496** (v. note).
- CA Rennes, 3 juin 2008 : **487** (v. note).

3. Les décisions sanctionnant l'insuffisance du délai du préavis

- Cass. com., 12 mai 2004 : **492** (v. note).
- CA Dijon, 15 nov. 2007 : **493**.
- CA Paris, 17 oct. 2007 : **493**.
- CA Paris, 9 mai 2007 : **492**.
- CA Paris, 23 févr. 2007 : **492, 493**.
- CA Aix-en-Provence, 15 févr. 2007 : **493**.
- CA Paris, 18 janv. 2007 : **493**.
- CA Douai, 7 déc. 2006 : **493**.
- CA Paris, 13 sept. 2006 : **493**.

- CA Aix en Provence, 7 sept. 2006 : **493**.
- CA Versailles, 2 déc. 2004 : **493**.
- CA Nancy, 10 mars 2004 : **493**.
- CA Dijon, 6 févr. 2004 : **493**.
- CA Lyon, 10 avr. 2003 : **493**.
- CA Montpellier, 11 août 1999 : **493**.
- CA Versailles, 17 juin 1999 : **493**.
- T. com. Lyon, 24 juill. 2007 : **493**.
- T. com. Paris, 15 févr. 2007 : **493**.
- T. com. Paris, 18 oct. 2006 : **493**.

IX. Les décisions relatives à l'obligation de confidentialité

- Cass. crim., 16 nov. 2011 : **150**.
- Cass. com., 27 janv. 1998 : **521**.

X. Les décisions relatives à l'obligation de non-concurrence

1. Au Vietnam :

- T. populaire de Duc Hoa, 10 déc. 2010, arrêt n° 09/2010/LD-ST : **524**.

2. En France :

- Cass. com., 3 avr. 2012 : **527**.
- Cass. com., 15 mars 2011 : **538**.
- Cass. com., 24 nov. 2009 : **528**.
- Cass. com., 4 déc. 2007 : **539**.
- Cass. com., 9 oct. 2007 : **539**.
- Cass. com., 17 janv. 2006 : **533**.
- Cass. com., 12 mars 2002 : **538**.
- Cass. com., 14 nov. 1995 : **532**.
- Cass. soc. 14 mai 1992 : **535**.

- Cass. req. 2 juill. 1900 : **526**.
- Cass. com., 12 janv. 1988 : **529**.
- Cass. com., 19 mai 1987 : **526**.
- Cass. com., 7 nov. 1984 : **527**.
- Cass. com., 27 juin 1984 : **527**.
- Cass. soc. 1er déc. 1982 : **554**.
- Cass. com., 27 oct. 1981 : **527**.
- Cass. com., 18 déc. 1979 : **527**.
- Cass. com., 20 févr. 1979 : **559**.
- Cass. com., 20 mars 1973 : **527**.
- CA Caen, 29 sept. 2005 : **530**.
- CA Paris, 26 juin 1997 : **529**.
- CA Paris, 29 févr. 1996 : **529**.
- Cons., conc., 18 juin 1997 : **529**.

Table des matières

Remerciements	1
Résumé	2
Sommaire	4
Abréviations	5
Introduction	7
Première partie : Un contrat basé sur un intérêt commun	26
<i>Titre premier : Les éléments constitutifs de l'intérêt commun</i>	<i>28</i>
Chapitre I : Le partage des signes de ralliement de la clientèle	29
Section 1 : L'apport en jouissance d'une marque notoire	32
§ 1. La marque : un élément indispensable de la franchise	32
A. Le rôle de la marque dans la franchise	32
1. – L'existence de la marque : une condition d'existence de la franchise en droit vietnamien.....	35
2. – L'existence de la marque : une condition d'existence du contrat de franchise en droit français	36
B. La mise à disposition d'une marque ou l'apport en jouissance au service de l'intérêt commun	39
1. – L'absence de définition de la notion de « mise à disposition ».....	39
2. – La thèse de l'apport en jouissance.....	42
§ 2. Une marque notoire ou une marque de renommée ?	45
A. L'exigence de notoriété en doctrine	45
1.- Les propositions doctrinales au Vietnam	45
2.- Les propositions doctrinales en France	48
B. La notoriété exigée par la jurisprudence française	50
§ 3. Critères d'appréciation de la notoriété de la marque	52
A. Critères légaux d'appréciation de la notoriété de la marque en droit vietnamien	52
1. – La définition de la marque notoire	52
2. – Des critères d'appréciation peu conformes à la définition	53
B. L'absence de critère légal en droit français	54
1. – Les critères d'appréciation de la notoriété	56
2. – Les critères d'appréciation de la renommée.....	57
Section 2 : La protection et la valorisation de la marque	58
§ 1. La protection de la marque	58
A. La protection de la marque par le franchiseur	59
1. – La protection de la marque au profit du franchisé	59
a) En droit vietnamien	59
b) En droit français	60
2.- La protection de la marque à l'égard des tiers	61
a) En droit vietnamien	61
b) En droit français	62
B. La protection de la marque par le franchisé	63
1. – La protection de la marque par le franchisé en droit vietnamien	64
a) Absence de protection spécifique.....	64
b) Recours aux principes généraux du droit commun des obligations.....	65

2. – La protection de la marque par le franchisé en droit français	65
a) L'obligation d'exploitation de la marque selon ses modalités propres	65
b) Obligation d'informer le franchiseur des contrefaçons	67
§ 2. Efforts communs dans la valorisation de la marque	68
A. La publicité nationale	68
1.- Doctrine divisée au Vietnam.....	69
2.- Proposition doctrinale entérinée par la jurisprudence française	70
B. Publicité locale	71
Conclusion du chapitre I	73
Chapitre II : Le partage d'un savoir-faire.....	75
Section 1 : La communication d'un savoir-faire	77
§ 1. Définition du savoir-faire	77
A. Le savoir-faire en droit vietnamien	77
B. Le savoir-faire en droit français.....	78
§ 2. Critères de validité du savoir-faire	81
A. Critères classiques	81
1.- Un savoir-faire secret.....	81
2.- Un savoir-faire identifiable	83
3.- Un savoir-transmissible	84
B.- Critères liés à la réitération de la réussite	85
1.- Un « savoir-se distinguer »	85
a) Un savoir-faire original	86
b) Un savoir-faire substantiel	89
2.- « Un savoir-s'adapter ».....	92
a) Un savoir-faire testé	92
b) Un savoir-faire actualisé	93
Section 2 : La protection du savoir-faire	97
§ 1. La protection du savoir-faire	98
A. L'absence de protection spécifique du savoir-faire en France	99
B. La protection de la confidentialité du savoir-faire en droit vietnamien	101
1.- La diversité des protections	101
2.- La diversité des sanctions	102
a) La sanction instaurée par la loi commerciale.....	102
b) Les sanctions du droit de la propriété intellectuelle.....	104
i.) Sanction administrative.....	104
ii.) Sanction pénale	104
iii.) Sanction civile	105
c) <i>L'insuffisance de la sanction du droit de la concurrence</i>	107
§ 2. Le contrôle de l'homogénéité du réseau	107
A. Le droit de contrôle	109
B. Le devoir de contrôle	112
Conclusion du chapitre II	114
Conclusion du titre premier.....	115
Titre second : Les manifestations de l'intérêt commun	116
Chapitre I : L'échange d'informations	117
Section 1 : Le devoir de renseignement	119
Sous-section 1 : Le débiteur du devoir de renseignement.....	119
§ 1. L'obligation d'information unilatérale en droit français	119
A. Avant la loi Doubin	120

1.- L'hostilité doctrinale ou l'obligation de se renseigner	120
2.- La jurisprudence antérieure à la loi Doubin.....	121
3.- L'évolution doctrinale.....	122
B. La reconnaissance légale de l'obligation.....	124
1.- La mise à disposition des signes distinctifs	125
2.- L'exclusivité ou la quasi-exclusivité	125
3.- L'intérêt commun.....	129
§ 2. Le devoir bilatéral d'information en droit vietnamien.....	130
A. L'obligation d'information : une règle supplétive	131
B. Le devoir d'information : une règle d'ordre public.....	133
Sous-section 2 : Le contenu du devoir de renseignement	136
§ 1. Les informations devant être délivrées par le franchiseur	136
A. Les informations sur l'identité du franchiseur	137
B. Informations sur le réseau.....	140
C. Informations sur la présentation du marché.....	142
D. Informations financières	144
E. Informations ne figurant pas dans les textes	145
1.- Le concours des normes.....	146
2.- Les informations nécessaires au franchisé.....	150
§ 2. Les informations devant être délivrées par le franchisé	152
Section 2 : Les sanctions de l'inobservation du devoir de renseignement.....	153
Sous-section 1 : En droit français.....	154
§ 1. Les conséquences de l'inexécution totale de l'obligation	154
A. La sanction pénale	154
B. Les retombées de la sanction pénale.....	155
§ 2. Les conséquences de la mauvaise exécution de l'obligation d'information... 158	
Sous-section 2 : En droit vietnamien.....	161
§ 1. A l'encontre du franchiseur	161
A. Sanction administrative	162
B. Sanction civile	163
1.- L'inadéquation de la résiliation	163
2.- La nullité sur le fondement du droit commun des contrats.....	165
§ 2. A l'encontre du franchisé.....	167
Conclusion du chapitre I	169
Chapitre II : L'assistance.....	172
Section 1 : Le contenu de l'assistance.....	172
§ 1. Le domaine de l'assistance	172
A. Le domaine de l'assistance en droit vietnamien.....	173
B. Le domaine de l'assistance en droit français	174
§ 2. L'assistance dans le temps.....	174
A. L'assistance préalable au lancement de l'activité	175
B. L'assistance continue.....	176
Section 2 : Les conséquences de l'inobservation du devoir d'assistance	179
§ 1. Conséquences du défaut d'assistance	180
A. En droit vietnamien	180
B. En droit français.....	180
§ 2. Conséquence de l'assistance excessive	181
Conclusion du chapitre II	183
Conclusion du titre second	184
Conclusion de la première partie.....	185

Seconde partie : Un contrat confronté à des intérêts particuliers	187
Titre premier : Les intérêts particuliers et l'exécution du contrat	190
Chapitre I : L'exclusivité d'approvisionnement	192
Section 1 : La détermination des éléments de l'exclusivité	193
§ 1. Les éléments de l'exclusivité	193
A. L'approvisionnement exclusif portant sur du matériel	194
B. Approvisionnement exclusif portant sur des produits ou des services	196
§ 2. Les mesures de contrôle	196
A. Les contrôles établis par le droit commun des obligations	197
B. Le contrôle de l'égoïsme par le droit de la concurrence	201
1.- La désillusion de la protection du franchisé par le biais de la durée de l'engagement exclusif	202
2.- Le contrôle de l'égoïsme par le biais des ententes restrictives	203
Section 2 : La détermination du prix des marchandises soumises à exclusivité	206
§ 1. Le contrôle du prix d'achat des marchandises soumises à exclusivité	206
A. La libre détermination du prix	207
1.- Le prix comme élément essentiel du contrat : principe reconnu dans les deux pays	207
a) Le prix : élément essentiel du contrat en droit vietnamien	207
b) Le prix comme élément essentiel du contrat en droit français	210
2.- L'inadaptation de la détermination <i>ab initio</i> du prix aux contrats à exécution successive	212
a) Une inadaptation à la réalité économique	212
b) Une inadaptation à la finalité de la protection	213
B. La détermination unilatérale du prix	215
1.- La détermination unilatérale du prix en droit français	215
a) La reconnaissance de la fixation unilatérale du prix	216
b) Le contrôle de l'abus dans la fixation du prix	218
ii) Les remèdes	223
2.- Les contrats dépourvus de prix en droit vietnamien	226
a) La reconnaissance des contrats « prix ouvert »	227
b) Le refus de la fixation unilatérale du prix	230
§ 2. Le contrôle du prix de revente par le droit de la concurrence	231
A. L'interdiction du prix imposé en France	232
1.- Prix de revente imposé de façon directe	233
2.- Prix de revente imposé de façon indirecte	236
B. L'interdiction d'imposer un prix de revente au Vietnam	237
1.- La sanction du comportement égoïste par le biais de l'interdiction des ententes restrictives	237
2.- La sanction du comportement égoïste par le biais du contrôle des abus de position dominante	238
Conclusion du chapitre I	240
Chapitre II : L'exclusivité territoriale	243
Section 1 : Les éléments de l'exclusivité territoriale	244
§ 1. L'objet de l'exclusivité territoriale	244
A. Les modalités de l'exclusivité territoriale	244
1.- L'exclusivité de franchise	244
2.- L'exclusivité d'enseigne	245
3.- L'exclusivité de distribution	246

B. La délimitation géographique de l'exclusivité territoriale	248
1.- La localisation de l'unité de vente	248
2.- La détermination de l'étendue de l'exclusivité territoriale	249
§ 2. Les conséquences attachées à la violation de l'exclusivité territoriale.....	251
A. Le non-respect de l'exclusivité par les parties au contrat	252
1.- Le non respect de l'objet de l'exclusivité	252
2.- Le non-respect de l'étendue territoriale de l'exclusivité.....	254
B. L'obligation du franchiseur de faire respecter l'exclusivité.....	257
Section 2 : La remise en cause de l'exclusivité territoriale par l'Internet.....	261
§ 1. Les dangers guettant l'exclusivité territoriale.....	264
A. L'atteinte au créancier de l'exclusivité	264
B. L'atteinte au réseau	268
§ 2. La conciliation des intérêts	271
A. Un site unique au profit de tous.....	271
B. Chaque franchisé son propre site.....	273
Conclusion du chapitre II.....	275
Conclusion du titre premier.....	276
Titre second : Les intérêts particuliers et le maintien de la relation contractuelle.....	278
Chapitre I : La cession de contrat de franchise	280
Section 1 : La cession de contrat de franchise en France	281
§ 1. Le caractère <i>intuitu personae</i>	281
A. Le débat doctrinal sur la cession de contrat	282
B. <i>Intuitu personae</i>	285
1.- La personnalité du franchisé	286
2.- La personnalité du franchiseur.....	287
§ 2. Le consentement du cédé.....	289
A. Le rôle du consentement.....	289
B. Le contrôle de l'abus de droit de refus	290
Section 2 : La cession du contrat de franchise au vietnamien.....	293
§ 1. L'initiative de la cession	296
§ 2. Les limites du droit de refus	297
Conclusion du chapitre I	300
Chapitre II : La rupture du contrat de franchise	302
Section 1 : Les modalités de la rupture	303
§ 1. La rupture du contrat de franchise pour faute.....	303
A. En droit vietnamien	303
1.- Stipulation expresse	303
2.- En l'absence de stipulation expresse.....	304
a) La résiliation du contrat par le franchisé.....	305
b) La résiliation du contrat par le franchiseur	306
B. En droit français.....	307
2.- En l'absence de stipulation contractuelle.....	309
§ 2. La rupture du contrat en l'absence de faute.....	313
A. L'obligation de respecter un délai de préavis.....	315
B. Les conséquences de la rupture abusive	319
Section 2 : Les effets de la rupture du contrat de franchise	322
§ 1. Les effets sur le passé contractuel	323
A. L'effet rétroactif de la rupture du contrat en droit vietnamien.....	323
B. L'effet rétroactif de la rupture du contrat en droit français	325

§ 2. Les effets sur l'avenir relationnel	327
A. La cessation des obligations préexistantes	328
1.- L'abandon du passé imposé au franchisé.....	328
2.- Les fichiers de clients.....	330
B. La naissance de nouvelles obligations.....	332
1.- Le contrôle des clauses survivant au contrat de franchise	334
a) Le contrôle de la clause de confidentialité.....	334
b) Le contrôle de la clause de non-concurrence.....	337
i.) Les limitations.....	339
ii.) L'intérêt légitime à protéger	343
2.- Le sort des clauses de confidentialité et de non-concurrence	348
a) La survie des clauses post-contractuelles en droit vietnamien.....	349
b) La survie des clauses post-contractuelles en France.....	350
i.) La cohérence contractuelle	350
ii.) Propositions doctrinales.....	351
Conclusion du chapitre II.....	355
Conclusion du titre second	358
Conclusion de la seconde partie	360
Conclusion générale	362
Annexes.....	366
Loi commerciale n° 36/2005/QH11 du 14 mars 2005	366
Décret n° 35/2006/ND-CP du 31 mars 2006.....	374
Le document d'information sur la franchise	379
Code civil de la République socialiste du Vietnam.....	383
Loi sur la propriété n°50/2005/QH11 du 29 novembre 2005.....	396
Loi n° 27/2004/QH 11 du 3 décembre 2004 sur la concurrence	408
Bibliographie.....	417
Document en vietnamien.....	417
Ouvrage généraux et manuels, ouvrage spéciaux et thèses.....	417
Articles	419
Document en français.....	423
Ouvrages généraux, traités et manuels	423
Ouvrage spéciaux, thèses et monographies.....	425
Articles	431
Notes et observations	446
Autres	457
Index alphabétique	458
Index thématique des principales décisions judiciaires.....	462
Table des matières	469