LEXBASE HEBDO n°315 - Edition PRIVÉE GÉNÉRALE
Réf. : Cass. com., 3 juin 2008, deux arrêts, n°06-13.761, Société Diapar, FS-P+B (**N°Lexbase : A9213D8Q**) et n°06-18.007, Mme Ludivine Lesage, FS-P+B (**N°Lexbase : A9219D8X**)

[Sociétés] Jurisprudence

La transmission de contrats de franchise dans le cadre d'une fusion-absorption et d'opérations assimilées : le problème de l'*intuitu personae*

N° Lexbase : N7030BGH

Par deux arrêts de sa Chambre commerciale en date du 3 juin 2008, la Cour de cassation vient d'étoffer l'abondante jurisprudence rendue en matière de transmission de contrats conclus *intuitu personae* à l'occasion de fusion-absorption ou d'opération assimilées, et cette fois dans le cas particulier de contrats de franchise. En jugeant que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis sans l'accord du franchisé, la Cour suprême fait application des principes légaux et jurisprudentiels qui prévalent dans ce domaine, tout en apportant une analyse inédite sur le caractère *intuitu personae* par nature du contrat de franchise et l'insuffisance du seul silence gardé par le franchisé pour caractériser son consentement à la substitution du franchiseur.

I - Faits et procédure

Dans les deux espèces, il s'agissait de l'exécution d'un contrat de franchise conclu entre une chaîne de distribution alimentaire et un détaillant gérant un fonds de commerce à l'enseigne de cette chaîne.

Dans la première, les faits étaient les suivants : un contrat de franchise pour l'exploitation d'un fonds de commerce situé dans l'arrière du pays niçois à l'enseigne "SPAR" avait été conclu le 6 avril 2000. Ce contrat stipulait une clause attributive de compétence territoriale au profit du tribunal de commerce de Saint-Etienne. Fin 2002, le franchiseur, la société Medis, avait été absorbé par une société du même groupe, détentrice de la marque SPAR support de la franchise, la société Distribution Casino France dans le cadre d'une opération classique de fusion-absorption.

Après avoir fait constater courant 2004 que le franchisé distribuait des produits d'une marque concurrente et laissait subsister un encours significatif, la société absorbante avait assigné le franchisé devant le juge commercial de Saint-Etienne.

Devant ce tribunal, puis la cour d'appel de Lyon, le franchisé avait invoqué, sans succès, l'inopposabilité de la clause attributive de juridiction, faute de transmission du contrat à l'absorbante à raison du caractère *intuitu personae* du contrat de franchise.

Dans la seconde espèce, la transmission d'un contrat de franchise devait s'effectuer, non pas dans le cadre d'une opération de fusion-absorption, mais dans celui d'une opération d'apport partiel d'actifs soumise au régime des scissions effectuée par le franchiseur.

Les faits très proches de la précédente espèce -résiliation par le franchisé du contrat de franchise lors des opérations d'apport partiel d'actif du franchiseur- avaient donné lieu à une procédure plus complexe, dans la mesure où les deux sociétés bénéficiaires des deux branches d'activité distinctes du franchiseur avaient poursuivi le franchisé en maintien des relations contractuelles et indemnisation, mais également les nouveaux fournisseurs de ce dernier en leur reprochant une concurrence déloyale : ils avaient, en effet, continué à approvisionner le franchisé sans égard pour la signification qui leur avait été faite d'un arrêt de cour d'appel ayant ordonné la poursuite sous

astreinte du contrat de franchise résilié à l'initiative du franchisé et qui l'obligeait à un approvisionnement prioritaire auprès de certains fournisseurs agréés par le franchiseur. Ayant plaidé, en vain, devant la cour d'appel de Reims que, à défaut de l'accord du franchisé sur la cession du contrat, les bénéficiaires n'étaient pas recevables à agir, les nouveaux fournisseurs avaient déféré l'arrêt d'appel les ayant condamnés pour concurrence déloyale à la censure de la Cour de cassation.

II - Les solutions de la Cour de cassation

Au visa de l'article 1134 du Code civil (**N°Lexbase : L1234ABC**), pierre angulaire du consensualisme, la Cour casse les deux arrêts au motif lapidaire que : "*le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par fusion-absorption à une société tierce*" (1ère espèce), ni "*par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions*" (2nde espèce).

La Cour suprême s'attache à relever l'absence d'accord du franchisé sur le transfert, en considérant, dans la seconde espèce, qu'en continuant à s'approvisionner auprès de fournisseurs non agréés, postérieurement aux apports partiels d'actif, le franchisé n'avait pas consenti à la transmission et, dans la première, que la poursuite de l'exécution du contrat par la société absorbante (émission de factures, mise en demeure de payer, procès-verbaux de constat), alors que l'autre partie ne contestait pas être son franchisé, ne caractérisait pas à elle-seule l'accord du franchisé sur la transmission de son contrat.

Dans un attendu de principe, la Cour juge au visa de l'article 1315 du Code civil (**N°Lexbase : L1426ABG**) que "*le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait*".

Ce faisant, la Cour de cassation fait une application, assez stricte, dans la seconde espèce plus particulièrement, des principes qui prévalent actuellement en la matière.

III - L'*intuitu personae* contractuel comme obstacle à la transmission universelle de patrimoine : un principe clair d'application délicate

La solution, pourtant claire, dégagée par la loi et les tribunaux selon laquelle les clauses contractuelles d'*intuitu personae* font, à l'occasion d'opération de transmission universelle du patrimoine, obstacle à la transmission des contrats sauf accord du cocontractant, se heurte en pratique à de nombreuses difficultés.

A - L'application de plein droit du principe légal de transmission universelle du patrimoine

L'article L. 236-3 du Code de commerce (**N°Lexbase : L6353AI7**) dispose que "*la fusion ou la scission entraîne* [...] *la transmission universelle du patrimoine des sociétés apporteuses aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération*".

En d'autres termes, la société absorbante vient activement et passivement au lieu et place de la société absorbée.

"*La loi considère que la transmission est 'universelle' même en cas de scission, bien qu'il y ait plusieurs sociétés bénéficiaires. Elle affirme ainsi l'originalité fondamentale de l'opération de fusion ou de scission qui permet de transférer, par une démarche globale et unique, l'ensemble des éléments actifs et passifs de l'entreprise*" (cf. Lamy, *Sociétés commerciales*, éd. 2007, n°1785).

La fusion porte sur l'universalité des biens et droits de la société apporteuse.

Ce principe légal s'applique aussi bien aux opérations de scission et à celles d'apport partiel d'actif (cf. C. com., art. L. 236-22 **N°Lexbase : L6372AIT**) qu'aux opérations de dissolution, confusion, communément appelées "TUP" (transmissions universelles de patrimoine), prévues par les dispositions de l'article 1844-5, alinéa 2, du Code civil (**N°Lexbase : L2025ABM**).

Elle porte même sur les biens de la société absorbée qui, par suite d'une erreur, d'un oubli ou pour toute autre cause, ne figureraient pas dans le traité de fusion.

Dans le cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, la transmission porte sur l'intégralité des éléments tant actifs que passifs afférents à la branche d'activité apportée, sauf les biens et dettes particuliers que le contrat d'apports écarte expressément, sans pour autant vider de sa substance la branche d'activité.

Dans la seconde espèce ici rapportée, au-delà du contrat de franchise litigieux, c'est d'ailleurs une décision de justice que les sociétés bénéficiaires des apports entendaient faire exécuter pour leur propre compte puisque figurant parmi les biens et obligations afférents à la branche d'activité apportée.

La jurisprudence a fait maintes fois application de ce principe légal, en matière par exemple de cautionnement (1), de transmission de parts sociales (2) ou de garantie de passif, un arrêt récent affirmant, en matière de fusion, que la substitution du garant absorbée par la société absorbante s'opère de plein droit "*même en l'absence de mention de la clause de garantie dans le traité de fusion*" (3).

B - L'*intuitu personae* comme exception au principe de transmission universelle

En l'absence d'un texte légal, la doctrine et la jurisprudence se sont, néanmoins, accordées à considérer que les contrats conclus *intuitu personae* n'étaient transmissibles dans le cadre et opérations de fusion-absorption, de scission et/ou d'apport partiel d'actif que pour autant que le cocontractant ait donné son accord à la transmission.

La force obligatoire des conventions, fondée sur les dispositions de l'article 1134 du Code civil, doit prévaloir sur la règle légale de transmission universelle du patrimoine (4).

Le principe peut se révéler simple à appliquer lorsque les parties ont pris le soin de qualifier le contrat d'*intuitu personae* ou, à tout le moins, ont rédigé une clause soumettant la circulation du contrat à l'accord d'un ou des cocontractant(s).

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé, à propos du contrat d'agent revendeur d'un concessionnaire automobile expressément qualifié d'*intuitu personae*, que : "*les stipulations du contrat faisaient obstacle à la transmission* [dans le cadre d'une fusion absorption du revendeur] *sans l'accord du concessionnaire*" (5).

En revanche, dans le silence du contrat sur ce point, la question est plus délicate.

L'absence de stipulation expresse du contrat soumettant sa transmission à l'accord du cocontractant empêche-t-elle de tenir en échec le principe de transmission universelle du patrimoine ?

C'est ce qu'avait jugé récemment la Chambre commerciale de la Cour suprême à propos d'une convention de garantie de passif et c'est, également, la position déjà ancienne de certains (7).

Néanmoins, une jurisprudence abondante va en sens contraire et considère que même en l'absence de qualification contractuelle d'*intuitu personae*, comme de clauses explicites en limitant la circulation, le contrat conclu en considération de la personne ne peut être transmis sans l'accord du cocontractant.

Cela a été jugé à propos d'un contrat d'agence commerciale (8) et d'un mandat de syndic de copropriété (9).

Si bien que certains auteurs ont pu parler de contrats présentant "*par nature un caractère intuitu personae"* car ne pouvant être exécutés que par une personne déterminée (10) et citer à ce titre le contrat de mandat (11), les contrats de distribution (12) et des contrats financiers tels que les concours bancaires (13) ou le cautionnement (14).

Il s'agit alors d'examiner au cas par cas et selon des circonstances de l'espèce "*si, du fait de la substitution du contractant* [...] *l'équilibre contractuel a été bouleversé*" (15).

L'incertitude réside, souvent, dans la rédaction de ces clauses de circulation et l'effet exact que les parties ont voulu leur assigner : la "cession" du contrat, ou bien son "transfert", expressions qui reviennent souvent sous la plume des rédacteurs d'actes, s'étendent-ils aux opérations d'apports simples, de fusion-absorption et, plus généralement, à toutes opérations portant transmission universelle de patrimoine ? C'est la question fréquente que les tribunaux ont à trancher (16).

C - L'accord du cocontractant sur la transmission du contrat

Que l'accord du cocontractant à la transmission de son contrat ait été prévu par la qualification expresse de contrat conclu "*intuitu personae*" ou bien par une simple clause suffisamment précise relative à sa circulation ou bien encore, à défaut de mention contractuelle expresse, par son caractère *intuitu personae* "par nature", encore convient-il de déterminer si, lors de l'opération de transmission universelle de patrimoine considérée, il a ou non acquiescé à la substitution d'un nouveau contractant, société absorbante ou bénéficiaire d'un apport partiel d'actif.

A défaut d'une manifestation expresse de volonté qui puisse alors trancher sans conteste la question, il avait souvent été considéré qu'une poursuite de l'exécution de contrat transmis pouvait valoir accord du cocontractant.

Pour les juges du fond, sachant que la question est éminemment factuelle, il s'agissait de savoir si un accord tacite du cocontractant avait pu se dégager des circonstances de l'espèce, ce qui impliquait des solutions au cas par cas.

La mise en oeuvre de ce principe clair révèle finalement deux principales difficultés puisqu'il s'agit, pour les juges, de déterminer, d'abord, si la convention en cause revêt, ou non, un caractère *intuitu personae*, puis, si tel est bien le cas, d'établir si un accord du cocontractant a, ou non, été donné à sa transmission.

Les deux arrêts rapportés du 3 juin 2008 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation apportent à propos du contrat de franchise une réponse à ces deux questions.

IV - Le contrat de franchise, *intuitu personae* par nature

En considérant le contrat de franchise comme "*conclu en considération de la personne du franchiseur*", alors qu'il ne semble pas, sous la réserve ci-dessous, que les contrats litigieux aient stipulé en ce sens ni des clauses expresses, ni même de simples clauses de circulation, la Cour de cassation fait du contrat de franchise un contrat *intuitu personae* par nature, contrat qui rejoint ainsi la liste précitée, dans la catégorie des contrats de distribution sélective.

Elle souligne, toutefois, que le caractère *intuitu personae* est attaché à la personne du franchiseur. Ce qui conduit à penser que tel ne serait pas le cas pour la personne du franchisé.

Solution alors discutable, car si l'on voit bien en quoi le franchiseur est choisi par le franchisé en considération de sa personne, de ses marques et enseignes, de son savoir-faire, de sa notoriété, l'inverse n'est pas moins vrai : lors du lancement d'un réseau de franchise et tout autant lors de son développement pour maintenir le niveau déjà atteint, le franchiseur s'attache à sélectionner son partenaire selon un cahier des charges précis où la situation personnelle du candidat à la franchise joue un rôle important (capacité à gérer un centre de profit, expériences professionnelles dans le domaine d'activité, aptitude à utiliser le savoir-faire concédé, etc.).

Dans la première espèce du reste, beaucoup des éléments personnels, fondement de l'*intuitu personae* attachés au franchiseur initial, se retrouvaient à l'identique dans la personne de la société absorbante : même siège social, appartenance au même groupe "Casino" mentionné dans le préambule du contrat, même enseigne "SPAR" support de la franchise...

Le franchisé se voyait substituer une personne morale, disposant certes d'un numéro de RCS différent, mais dont on ne voit pas bien en quoi la qualité de nouveau cocontractant pouvait véritablement bouleverser l'équilibre économique du contrat de franchise.

C'est d'ailleurs sans doute pour cette raison qu'il s'était poursuivi tacitement.

La solution retenue par la Cour suprême signifierait alors que le contrat de franchise est *intuitu personae* par nature, parce que toujours conclu par le franchisé en considération de la personne du franchiseur, mais qu'il ne saurait être considéré par le franchiseur comme conclu en considération de la personne du franchisé qu'en cas de stipulation expresse.

Il faut d'ailleurs souligner que la cour d'appel avait relevé l'existence de clause contractuelle expresse d'*intuitu personae*, mais concernant la personne du franchisé...!

Dans le cadre d'une transmission universelle de patrimoine, la transmission du contrat de franchise n'est ainsi opposable au franchisé qu'avec son accord, mais elle est opposable au franchiseur de plein droit sauf stipulation expresse contraire.

V - Le silence du franchisé : qui ne dit mot ne consent pas nécessairement

En présence d'un contrat *intuitu personae*, quelle qu'en soit la raison, la transmission du contrat ne peut s'opérer sans l'accord du cocontractant.

Dans la seconde espèce, les juges du fond avaient relevé qu'en continuant à s'approvisionner auprès de fournisseurs non-agréés par le franchiseur, le franchisé n'avait pas consenti à la transmission du contrat aux bénéficiaires de l'apport partiel d'actif.

Sur la base d'un tel refus de substitution du cocontractant la Cour suprême ne pouvait qu'en déduire, dès lors qu'elle considérait le contrat comme *intuitu personae* par nature, que la transmission du contrat n'était opposable ni au franchisé, ni aux tiers.

Dans la première espèce, la cour d'appel avait, au contraire, considéré qu'il résultait du comportement du franchisé un accord suffisant sur la substitution du contractant.

Selon elle, dès lors que la société absorbante avait elle-même adressé des factures au franchisé sur son papier à en tête, demandé l'établissement de procès-verbaux de constat et mis en demeure le franchisé de régler l'en-cours, il en résultait que le franchisé, qui avait réglé à l'absorbante la facture correspondant aux redevances contractuelles et qui ne pouvait prétendre ignorer la cession régulièrement publié, n'avait pas contesté alors être franchisé de la société absorbante.

Certes ce dernier arguait que seule "*une relation informelle et ponctuelle en commande de marchandises*" s'était créée.

Pour les juges du fond, il y avait eu finalement un accord tacite du franchisé sur la transmission d'un contrat qu'il avait continué d'exécuter.

C'est précisément ce principe d'accord tacite que sanctionne de manière catégorique la Cour suprême en jugeant, au visa de l'article 1315 du Code civil, qui dispose que "*celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*" et que "*le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait*".

Pour la Cour régulatrice, le seul fait que le franchisé n'ait pu contester être franchisé de la société absorbante, alors qu'il recevait les factures, les procès-verbaux et la mise en demeure de cette dernière, n'est donc pas une preuve de son consentement à une obligation contractuelle qui ne saurait exister à défaut de ce consentement.

On peut acquiescer à cette application particulière de la règle, qui préside à la formation des contrats, selon laquelle le silence ne vaut pas acceptation, règle maintes fois rappelée par la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation.

Elle protège le contractant là où une société absorbante, de manière parfaitement unilatérale pourrait en son absence véritablement "forcer" son accord.

Mais, en l'espèce, les juges du fond, dans leur appréciation souveraine des circonstances des faits et de l'intention des parties, avaient également retenu l'accord du franchisé en raison du fait qu'il avait payé la facture de redevance contractuelle émise par la société absorbante.

Pour eux, au-delà du seul silence gardé par le franchisé sur les initiatives du franchiseur, il y avait en plus une manifestation expresse de volonté de sa part.

Mais la Cour suprême s'en est tenue au seul aspect du silence du franchisé

A la lumière de ces décisions, le rédacteur de contrat, s'il considère qu'un véritable *intuitu personae* préside à sa conclusion, devra plus particulièrement veiller aux points suivants en ce qui concerne la clause de circulation :

- se demander si le contrat peut revêtir un caractère *intuitu personae* par nature et, dans l'affirmative, vérifier quelle est la partie qui peut s'en prévaloir et y suppléer si nécessaire ;

- prendre soin d'étendre le périmètre des cas de transmission du contrat aux apports, fusion-absorption et opération assimilés sans se tenir au seul terme plurivoque de "cession" ;

- stipuler que l'accord d'une partie à la substitution du contractant doit être manifesté par écrit.

---

(1) Ass. Plén. 6 décembre 2004, n° 03-10.713, Société WHBL 7, anciennement dénommée Union industrielle de crédit, venant aux droits de la société Sofal c/ Société Groupe industriel Marcel Dassault, publié (**N°Lexbase : A3249DE3**), BRDA, 1/05, inf. 11 ; Cass. com., 8 novembre 2005, n° 01-12.896, Société Selectibail SA, FS-P+B+R+I (**N°Lexbase : A4830DLH**), BRDA, 22/05, M.-E. Mathieu, *Du nouveau sur le sort du cautionnement en cas de fusion-absorption*, Lexbase Hebdo n° 192 du 31 novembre 2005 - édition affaires (**N°Lexbase : N1477AKW**).
(2) Cass. com., 19 avril 1972, n° 69-14.054, Société Nouvelle cargo maritime SA c/ Société Michaelides et Cie SARL (**N°Lexbase : A6670AG7**) et, pour une solution analogue à propos du champ d'application d'un droit de préemption figurant dans un pacte d'actionnaires, voir CA Paris, 25ème ch., sect. B, 18 février 2000, n° 1999/16771, SA Finatral c/ SA Banque de Vizille (**N°Lexbase : A0599DC8**), RJDA, 6/00, n° 662, et, sur pourvoi, Cass. com., 28 avril 2004, n° 00-15.003, Société Finatral c/ Banque de Vizille, F-D (**N°Lexbase : A0430DCW**).
(3) Cf. Cass. com., 10 juillet 2007, n° 05-14-358, M. Christian Gonzalez, FS-P+B (**N°Lexbase : A2932DXU**) etnos obs., *Transmission d'une clause de garantie de passif par l'effet d'une fusion-absorption*, Lexbase Hebdo n° 277 du 18 octobre 2007 - édition privée générale (**N°Lexbase : N8821BCP**).
(4) Pour l'application d'une clause d'agrément à la transmission d'actions d'une société tierce à une société absorbante consécutivement à une fusion, Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthelabo c/ Société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher, FS-P (**N°Lexbase : A7909BSQ**) et n° 01-03.172, Société Financière des Laboratoires de cosmétologie Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthelabo, FS-D (**N°Lexbase : A7903BSI**), Bull. Joly, 2003, p. 742, note A. Constantin.
(5) Cf. Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-16.878, Société Garage Loustaunau c/ Société Etablissements Lavillauroy, F-P+B (**N°Lexbase : A9814DL3**), et note R. Kaddouch, *La fusion face aux clauses d'agrément*, Lexbase Hebdo n° 209 du 6 avril 2006 - édition affaires (**N°Lexbase : N6653AKM**).
(6) Cf. Cass. com., 10 juillet 2007, préc. et nos obs., préc..
(7) ANSA, Comité juridique, 9 septembre 1992, n°21 3.
(8) Cass. com., 29 octobre 2002, n° 01-03.987, M. Philippe, Henri, Arthur Decaudain c/ Société Sucrerie de Bucy-le-Long, F-D (**N°Lexbase : A4127A34**), Bull. Joly soc., 2003, p.192, note D. Krajeski, D., 2003, p. 2231, note J.-P. Brill et C. Koering, dans le même sens, v. Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-21.257, Société Pallas European Property Fund BV c/ Société Axa corporate solution, F-D (**N°Lexbase : A9422C74**), Bull. Joly, 2003, p. 1034, note D. Krajeski.
(9) CA Aix en Provence,12 juin 1997, JCP éd. E, 1997, n° 710, obs. A. Viandier et J.-J. Caussin, confirmé par Cass. com., 30 mai 2000, n° 97-18.457, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier La Baie des Anges c/Mme Mottier (**N°Lexbase : A5254AWI**), Bull. Joly, 2000, p. 841, note M.-L. Coquelet, encore que la Cour suprême se soit alors fondée non pas sur la nature même du contrat de mandat de syndic mais sur les dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (**N°Lexbase : L5536AG7**).
(10) Cf. note R. Kaddouch, préc..
(11) Cass. com., 30 mai 2000, préc..
(12) Pour un contrat de distribution sélective, cf. CA Paris, 2 novembre 1982, BRDA, 15 janvier 1983, p. 2.
(13) ANSA, Comité juridique, 9 septembre. 1992, préc..
(14) La jurisprudence la plus récente considère qu'en cas d'absorption de la société créancière, le

principe de transmission universelle du patrimoine doit recevoir pleine application, alors qu'en cas d'absorption de la société cautionnée, la caution ne reste tenue que des dettes antérieures à la fusion : Cass. com., 8 novembre 2005, deux arrêts n° 01-12.896, *préc.* et n° 02- 18.449, SCI du 75, Champs-Elysées c/ Société Réaumur participations SA, FS-P+B+I+R (**N°Lexbase : A4831DLI**), note M.-E. Mathieu, *préc.*.

(15) Cf. R. Kaddouch, préc. et A. Viandier, préc. ; et M.-L. Coquelet, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats* intuitu personae, préc..

(16) Pour l'emploi d'une terminologie adaptée, voir P. Le Cannu, RTD com., 2006, p. 429, note sous Cass. com. 13 décembre 2005, *préc.*.

Guy de Foresta, Avocat au Barreau de Lyon, *Of Counsel*, Bignon, Lebray & & Associés

Copyright LEXBASE