

Grosses délivrées REPUBLIQUE FRANCAISE

aux parties le :AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 4

ARRET DU 24 AVRIL 2013

(n° 139 , 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 10/08318

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Mars 2010 -Tribunal de Commerce de PARIS - 4ème Chambre -RG n° 2009066491

APPELANTE

Société DU PAREIL AU MÊME S.A. venant aux droits de la société BANC 'PETITS PETONS' agissant en la personne de son Président du conseil d'Administration et Directeur Général

Ayant son siège social

[Adresse 4]

[Localité 2]

Représentée par la SELARL INGOLD & THOMAS - AVOCATS (Me Frédéric INGOLD) avocats au barreau de PARIS, toque

Assistée de Me Ingrid ZAFRANI plaidant pour Selarl HOFFMAN, avocat au barreau de PARIS, toque C610

INTIMEES

Madame [M] [U] épouse [E]

Demeurant [Adresse 3]

[Localité 1]

S.C.P. [H] [Q] agissant poursuites et diligences de son gérant Maître [H] [Q] es qualité de Liquidateur judiciaire de la société HOWLET dont le siège est [Adresse 1]

Ayant son siège social

[Adresse 2]

[Localité 3]

Représentées par la SCP FISSELIER (Me Alain FISSELIER), avocats au barreau de PARIS, toque L0044

Assistées de Me Charlotte BELLET plaidant pour la SCP THREARD BOURGEON MERESSE & ASSOCIES, avocats au barreau de PARIS, toque P166

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 13 Mars 2013, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame COCCHIELLO, Président, chargée d'instruire l'affaire et Madame LUC, Conseiller.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame COCCHIELLO, Président, rédacteur

Madame LUC, Conseiller,

Mme POMONTI, Conseiller désignée par ordonnance de Monsieur le Premier Président de la Cour d'Appel de Paris en vertu de l'article R 312-3 du code de l'organisation judiciaire pour compléter la chambre.

Qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Madame GAUCI

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame COCCHIELLO, Président et par Madame GAUCI, Greffier auquel la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

afin de vendre des chaussures pour enfants de 0 à 12 ans.

Madame [M] [U] épouse [E] (ci-après «Madame [E]») a exercé la profession d'assistante de direction.

Souhaitant changer d'activité, elle a pris contact avec la société BANC en juillet 2007.

Le 11 octobre 2007, Madame [E] a signé un contrat de commission affiliation avec la société BANC pour une durée de six ans. La société HOWLET s'est vue concéder l'exclusivité de la marque «'PETITS PETONS'» pour la ville de [Localité 3].

Les obligations financières de la société HOWLET étaient les suivantes':

- versement d'un droit d'entrée de 15.000 euros et d'une somme de 3.049 euros «'à titre de garantie du respect des engagements'» devant être restituée à la fin du contrat';

- 1% du CA HT consacré à la publicité locale';

- remise d'une garantie bancaire de 30.000 euros en garantie du stock.

Le magasin de l'affilié était relié à la société BANC par un TPV afin de permettre «'une remontée quotidienne de l'ensemble des informations commerciales et financières'».

L'affilié percevait une commission égale à 40% du CA HT.

Le magasin a été ouvert au début de l'année 2008.

Madame [E], à l'instar d'autres affiliés/franchisés du réseau, a estimé que l'enseigne «'PETITS PETONS'» n'était pas rentable et a dénoncé le contrat qui la liait à la société BANC par courrier du 8 septembre 2009.

C'est dans ces conditions que, le 13 octobre 2009, la société HOWLET et Madame [E] ont assigné, à bref délai, la société BANC devant le Tribunal de commerce en demandant, à titre principal, la nullité du contrat, de la garantie bancaire de

30.000 euros, de la clause de non concurrence post contractuelle ainsi que des dettes contractées au profit ^{24 avril 2013} de la société BANC et, à titre subsidiaire, la résiliation du contrat d'affiliation en lieu et place de la nullité, avec le maintien des autres nullités, et, en conséquence, le remboursement du droit d'entrée de 15.000 euros, de la garantie de 3.049 euros, des comptes courants au jour de la délivrance de l'assignation, soit 53.434,84 euros ainsi que le remboursement des investissements non amortis pour 18.617,33 euros, des pertes enregistrées au jour de l'assignation soit 66.523,62 euros et le manque à gagner en termes de rémunération soit 17.000 euros.

Le 9 décembre 2009, la société HOWLET a été mise en liquidation judiciaire et la SCP [H] [Q] nommée liquidateur.

Par jugement rendu le 4 mars 2010, le Tribunal de commerce de PARIS a:

' prononcé la résiliation du contrat aux torts de la société BANC';

' condamné la société BANC à payer à la SCP [H] [Q], ès qualités de liquidateur de l'EURL HOWLET, la somme de 66.859 euros à titre de dommages et intérêts';

' condamné la SCP [H] [Q], ès qualité de liquidateur de l'EURL HOWLET, à inscrire au passif de la liquidation la somme de 30.772,02 euros en tant que créance de la société BANC ';

' dit que la caution bancaire de 30.000 euros en garantie du stock serait résiliée à la date du jugement';

' dit que la clause de non-concurrence post contractuelle est sans objet';

' dit n'y avoir lieu à exécution provisoire';

' condamné la société BANC à payer à la SCP [H] [Q], ès qualité de liquidateur de l'EURL HOWLET, la somme de 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux dépens';

La société BANC a interjeté appel du jugement le 9 avril 2010.

Par conclusions signifiées le 11 janvier 2013 auxquelles il y a lieu de se référer pour l'exposé plus ample des moyens, la société DPAM, venant aux droits de la société BANC, demande à la Cour de:

- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société BANC au paiement de dommages et intérêts et prononcé la résiliation du contrat aux torts de cette dernière';

Et, statuant à nouveau,

- prononcer la résiliation du contrat aux torts de Madame [E] et de la société HOWLET';

- ordonner l'inscription au passif de la société HOWLET d'une créance de 30.000 euros au titre de l'article 18-1 du contrat';

- ordonner l'inscription au passif de la société HOWLET d'une créance de 8.000 euros au titre de l'article 19-3 du contrat';

- ordonner la compensation des créances';

- ordonner l'inscription au passif de la société HOWLET d'une créance de 10.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par conclusions signifiées le 11 décembre 2012 auxquelles il y a lieu de se référer pour l'exposé plus ample des moyens, Madame [E] et la SCP [H] [Q], ès qualité de liquidateur judiciaire de l'EURL HOWLET, demandent à la Cour de:

- infirmer le jugement déféré en ce qu'il a estimé que la société BANC n'avait pas commis de faute contractuelle';

- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la SCP [H] [Q], ès qualité de liquidateur de l'EURL HOWLET, à inscrire au passif de la liquidation la somme de 30.772,02 euros en tant que créance de la société BANC';

- à titre principal, prononcer la nullité du contrat de commission affiliation et de la garantie bancaire de 30.000 euros remise en application de l'article 7 dudit contrat';

- à titre subsidiaire, prononcer la résiliation du contrat de commission affiliation aux torts et griefs exclusifs de la société DPAM, la nullité de la garantie bancaire de 30.000 euros remise en application de l'article 7 dudit contrat ainsi que celle de la clause de non concurrence post contractuelle';

Et, en tout état de cause,

- condamner la société DPAM à verser à la SCP [H] [Q], ès qualité de liquidateur judiciaire de l'EURL HOWLET, la somme

de 15.000 euros HT au titre du remboursement du droit d'entrée, 3.049 euros au titre du remboursement de la garantie ^{24 avril 2013} prévue à l'article 13 du contrat, 146.470,42 euros correspondant au passif de la liquidation'(qui n'inclue pas les comptes courants d'associé de Madame [E]);

- condamner la société DPAM à verser à Madame [E] la somme de 17.000 euros à titre de dommages et intérêts correspondant au manque à gagner en termes de rémunération ainsi que celle de 53.434 euros à titre de dommages et intérêts correspondant au remboursement du compte courant au jour de la délivrance de l'assignation ;

- dire que ces condamnations porteront intérêts au taux légal à compter du jour de l'assignation, valant mise en demeure, avec capitalisation des intérêts échus par application de l'article 1154 du Code civil';

- condamner la société DPAM au paiement d'une somme de 10.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

SUR CE

1) Sur la nullité du contrat :

Considérant que Madame [E] et la société HOWLET qui relèvent que les documents d'information pré-contractuels leur ont été remis le jour de la signature du contrat reprochent à la société BANC un défaut d'information loyale, exacte et prudente sur la viabilité de l'entreprise, que, selon elles, le concept «' Petits Petons'» n'était pas viable économiquement et que Madame [E] a commis une erreur sur la rentabilité économique de l'opération qui a vicié son consentement, que la société DPAM expose avoir parfaitement rempli ses obligations,

Considérant que madame [E] et la société HOWLET font état de ce que la société Banc leur a remis le DIP et l'annexe 4 (étude du marché local) le jour de la signature du contrat et que l'étude «' territoire et marketing'» leur a même été adressée postérieurement en violation des dispositions de la loi Doubin, que la société DPAM explique qu'elle a fourni les documents utiles dans les délais mais que Madame [E] ne les a pas retournés signés de sorte que ceux-ci l'ont été effectivement le jour de la signature de l'acte ; qu'il apparaît toutefois que si les intimées reprochent à la société BANC d' avoir remis les documents le jour de la signature, elles ne soutiennent pas ne pas avoir eu connaissance des éléments d'informations précontractuels avant la signature du contrat,

Considérant que les intimées critiquent le contenu de l'information donnée :

qu'il est reproché un défaut d'information sincère sur l'évolution de l'entreprise et du réseau d'exploitation sur les cinq dernières années tout particulièrement sur la fermeture au cours de l'année 2005 de plusieurs magasins et sur l'absence de développement du réseau qui est révélée par un «turn over» important ; qu'il résulte toutefois des éléments du dossier que la société BANC a fourni des informations sur le réseau depuis 1992, qu'elle a donné l'évolution de celui-ci jusqu'en 2007 fournissant la liste, les noms et adresses des succursales, des franchisés et affiliés du réseau, qu'entre 2001 et 2005, elle a précisé que des boutiques avaient ouvert, que d'autres n'ont pas eu leur contrat renouvelé ou ont été résiliés pour non respect des engagements contractuels ; que par ailleurs, le «turn-over» ne permet de déduire quoi que ce soit de la qualité et du développement du réseau ; que si la société BANC estime ne pas avoir «gardé secret que des boutiques avaient fermé», il apparaît qu'elle a donné peu d'informations sur la réalité du réseau à cette époque mais que les éléments non fournis concernaient directement les magasins ouverts dans les villes de moins de cinquante mille habitants ce qui n'était pas l'hypothèse pour le magasin ouvert à [Localité 3] (210.000 habitants en 2008) et que par ailleurs, il est établi que plusieurs des magasins ouverts dans de telles villes ont réalisé un chiffre d'affaires en adéquation avec le prévisionnel ; qu'il apparaît en définitive que l'information non complète sur l'évolution du réseau ne peut, en de telles circonstances, avoir été déterminante de la volonté de Madame [E] de contracter,

qu'il est reproché aussi à la société BANC de ne pas avoir dressé un état du marché local et de ses perspectives de développement sur toute la durée du contrat, ce qu'elle est seule à pouvoir faire «en comparaison avec une ville similaire en termes de population» alors que la société HJPP, franchisée qui exploitait un magasin «Petits Petons» à [Localité 4] a cessé cette activité sous cette enseigne en janvier 2008 ; que cependant, la société BANC a remis à Madame [E] des éléments sur la situation géographique de la ville, la liste des concurrents locaux, les données INSEE liées à l'évolution démographique, la population, les catégories socio-professionnelles, les logements et le niveau de scolarisation, que par ailleurs, Madame [E] avait une connaissance du marché local, révélée dans un courriel adressé à la société BANC le 14 septembre 2007 après une visite faite des emplacements possibles dans la ville de [Localité 3] par les parties la veille dans lequel elle précisait que le métro devait arriver sous le centre, qu'il existait «peu de concurrence immédiate» et qu'un ancien magasin de chaussures pour enfants qui existait à proximité et avait fermé en raison du départ à la retraite de celui qui l'exploitait « fonctionnait très bien», qu'il apparaît que Madame [E] avait des connaissances personnelles et les éléments d'information nécessaires sur le marché local pour se déterminer en toute connaissance de cause,

Considérant en définitive que madame [E] ne rapporte pas la preuve que les éléments d'information précontractuels qui lui ont été donnés ne lui ont pas permis de se déterminer en toute connaissance de cause,

Considérant enfin que selon Madame [E], la société BANC lui a sciemment dissimulé le défaut de viabilité économique du concept «Petits Petons», qu'elle ne lui a pas communiqué des chiffres sérieux et prudents sur la rentabilité du réseau, sélectionnant des chiffres d'affaires de magasins n'exerçant pas en franchise ou en affiliation mais en succursales et qui avaient une importante ancienneté dans le réseau, que c'est sur la base de ces éléments qu'elle a dressé un compte d'exploitation prévisionnel irréaliste,

que toutefois la démonstration que tente de faire Madame [E] repose sur des comparaisons du chiffre d'affaires réalisé sur le mois de juin 2008 et 2009 par des établissements dans des communes ayant un chiffre de population différent de celui de [Localité 3] (étant précisé que le chiffre d'affaire réalisé en juin est toujours faible) et prend parfois les chiffres réalisés par des sociétés qui ne relèvent pas du groupe BANC ou des chiffres d'affaires globaux comparés avec des

chiffres d'affaires dont ont été déduites des commissions ou autres ; que comme elle le fait elle-même observer, la société BANC a pris douze points de vente « Petits Petons » sur différents types de villes et établi le chiffre d'affaires moyen mensuel qui ne varie pas en fonction des modalités d'exploitation du commerce et que rien ne permet de dire que ces chiffres sont erronés ou établis dans le but de tromper l'intimée ; que Madame [E] qui devait aussi de se renseigner auprès d'autres affiliés et d'autres franchisés dont elle avait les coordonnées, a elle-même, en fonction de ces données, établi le prévisionnel et qu'en le validant, la société BANC n'avait toutefois pas l'obligation de le lui garantir ; que le chiffre d'affaires annuel effectif de Madame [E] (90.000 Euros (sur 10 mois) au lieu de 230.000 Euros (sur un an) comme elle le précise dans un courrier du 27 novembre 2008) ne peut en soi démontrer le caractère irréaliste du prévisionnel alors que d'autres facteurs aléatoires comme la conjoncture économique, outre la gestion du franchisé, sa capacité de vente, sa force de conviction doivent être pris en compte pour expliquer ceux-ci ; qu'en définitive, Madame [E] ne rapporte pas la preuve qu'elle a été trompée et a commis une erreur substantielle lors de la conclusion du contrat de commission-affiliation sur la rentabilité de l'activité qu'elle entreprenait,

Considérant qu'il n'y a pas lieu à annulation du contrat de franchise,

2) Sur la résiliation du contrat pour inexécution des obligations contractuelles :

Considérant que la société [Q], es qualités et Madame [E] reprochent divers manquements à la société BANC qui aurait failli à son obligation d'approvisionnement qualitatif et quantitatif « en terme de créativité », et qui aurait failli à son obligation d'assistance, que la société BANC conteste ces reproches,

sur l'obligation d'approvisionnement :

Considérant que selon les termes du contrat (article 5.1), la société BANC devait proposer des collections conformes à l'image de marque du réseau et mettre à la disposition de l'affiliée l'intégralité des articles de la collection, qu'il apparaît que Madame [E] a adressé des mails en mars, août, septembre, octobre et novembre 2008, en mars 2009 à la société BANC pour se plaindre de l'absence de « réassort » d'une référence ou d'une pointure auxquels la société BANC a apporté une réponse, qu'une fois, s'est posé un problème de qualité de chaussures que la société BANC a reconnu et dont elle a demandé le retour ; qu'il apparaît que les difficultés rencontrées ne dépassent pas ce qui est admissible dans un réseau de cette taille, de sorte que la preuve que la société BANC n'a pas ici respecté son obligation d'approvisionnement n'est pas rapportée ; qu'enfin, si Madame [E] se plaint de l'absence de créativité de certains modèles, elle ne justifie par aucun mail en avoir personnellement souffert, versant aux débats des courriels d'autres affiliés qui ne peuvent être pris en compte dans l'examen de cette instance où elle se trouve seule concernée,

sur l'obligation d'assistance :

Considérant que la société HOWLET et madame [E] reprochent à la société BANC de ne pas avoir respecté son obligation d'assistance permanente technique et commerciale qui est, selon elles, une obligation de « résultat », qu'elles exposent que la société BANC n'a pas cherché à traiter « l'insuffisance flagrante et croissante du chiffre d'affaires » et qu'elle s'est cantonnée à adresser à la société HOWLET des mises en demeure de payer les arriérés ; qu'elles sont fondées à opposer

l'exception d'inexécution à la société BANC,

Considérant que la société BANC rappelle les dispositions de l'article 5.3 du contrat et soutient avoir mis en place des solutions concrètes et efficaces aux problèmes rencontrés par Madame [E],

Considérant que l'art 5.3 précise que la société BANC doit communiquer à l'affiliée « l'ensemble des méthodes commerciales et normes mises au point par BANC au jour de la conclusion du contrat et des améliorations qui pourraient y être apportées, donner l'assistance technique pour l'agencement des produits et la gestion commerciale'»,

Considérant que madame [E] écrivait en novembre 2008 à la société BANC qu'elle s'interrogeait sur l'opportunité de poursuivre ou non son activité, expliquant que son chiffre d'affaires était divisé par deux par rapport au prévisionnel, que la société BANC rencontrait l'expert comptable de la société HOWLET et proposait en janvier 2009 de rentrer dans le capital de la société et envisageait le remboursement des comptes courants (20.000 Euros) ; qu'il n'a pas été donné suite à ces propositions ; que la société BANC estimait que le paiement des redevances était un préalable ;

Considérant que certes, comme le soutiennent les intimées, « la franchise permet au franchisé d'exploiter son fonds dans un système de gestion commerciale conçu et expérimenté par le franchiseur qui permet au franchisé une économie de temps liée à l'utilisation d'un savoir-faire et surtout d'une réduction des risques » ; que toutefois, la franchise ne donne pas lieu à une suppression des risques inhérents à toute activité commerciale ; qu'en outre, la société BANC n'est pas restée inactive devant les difficultés que rencontrait la société [E] puis qu'elle lui a fait des propositions à la suite de son courrier du mois de novembre 2008 et qu' à cette époque, et alors que la société HOWLET avait dix mois d'activité et que les éléments permettaient de croire en la réussite du magasin, les propositions de la société BANC n'étaient pas inadaptées, qu'il n'est pas établi que la société BANC a failli à son obligation d'assistance qui reste une obligation de moyen,

sur le non paiement des redevances et le dépôt de l'enseigne :

Considérant que la société BANC reproche à la société HOWLET de ne pas avoir payé ses redevances comme le contrat lui en faisait l'obligation et d'avoir déposé l'enseigne «'Petits Petons'» avant la résiliation de la convention, que celle-ci oppose l'exception d'inexécution,

Considérant que la société HOWLET a commencé à ne plus payer ses redevances régulièrement dès le mois de novembre 2008, qu'elle ne peut toutefois se prévaloir d'aucune exception d'inexécution pour justifier cette absence de paiement,

Considérant également que l'enseigne a été déposée par la société HOWLET en mai 2009, alors que le contrat était en

cours,

Considérant que pour ces motifs, la résiliation du contrat s'impose, compte tenu de la violation par la société HOWLET de ses obligations,

3) Sur les sommes demandées par la société BANC (DPAM) :

Considérant que la société BANC demande, en application des articles 18 et 19 du contrat, le paiement de la somme de 30.000 Euros en raison de la rupture anticipée du contrat pour quelque motif que ce soit par l'affilié, outre celui de la somme de 8.000 Euros à titre de clause pénale,

Considérant que l'indemnité forfaitaire de 30.000 Euros est due, Madame [E] ayant précisé en bas de page 12 du contrat ne pas devoir la payer en cas d'incapacité totale d'exercer le contrat,

Considérant que la clause pénale stipulée par l'art 19.3 est due en cas de retard dans l'exécution par l'affilié de ses obligations, qu'il y a lieu d'y faire droit,

Considérant que ces sommes seront inscrites au passif de la liquidation judiciaire de la société HOWLET,

Considérant que la demande formulée à titre personnel par Madame [E] quant à l'indemnisation de son manque à gagner en terme de rémunération sera rejeté pour les mêmes motifs que ceux retenus pour le rejet des demandes de la société HOWLET, que sa demande de dommages-intérêts correspondant au remboursement de son compte courant qui n'est pas plus expliquée sera rejetée également,

PAR CES MOTIFS

La Cour,

INFIRMANT le jugement,

DÉBOUTE les intimées de leur demande d'annulation du contrat de franchise,

PRONONCE la résiliation du contrat de franchise pour inexécution par la société HOWLET de ses obligations,

FIXE au passif de la procédure collective de la société HOWLET les créances de la société DPAM venant aux droits de la société BANC aux somme de 30.772, 02 Euros (commissions), de 30.000 Euros (indemnité) et de 8.000 Euros (clause pénale),

DÉBOUTE Madame [E] de ses demandes,

DIT n' y avoir lieu à application de l'art 700 du Code de procédure civile,

CONDAMNE la société [E] représentée par Maître [Q], mandataire liquidateur de la société HOWLET et madame [E] aux entiers dépens.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT