

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE TOULOUSE
2ème Chambre-Section 2, 11 décembre 2007

APPELANT(E/S)

Société FLORA PARTNER
100, Cours du Maréchal Juin
33000 BORDEAUX
représentée par la SCP BOYER-LESCAT-MERLE, avoués à la Cour
assistée de Me Georges DE MONJOUR, avocat au barreau de PARIS

INTIME(E/S)

Société TANARY
06000 NICE
représentée par la SCP RIVES-PODESTA, avoués à la Cour
assistée de Me Y... MICHEL, avocat au barreau de GRASSE

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 786 et 910 du nouveau Code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 13 Novembre 2007, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant M.LEBREUIL, Président, D. VERDE DE LISLE, Conseiller, chargés du rapport. Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M. LEBREUIL, président
D. VERDE DE LISLE, conseiller
C. BELIERES, conseiller

Greffier, lors des débats : R. GARCIA

ARRET :

- CONTRADICTOIRE
- prononcé publiquement par mise à disposition au greffe après avis aux parties
- signé par M. LEBREUIL, président, et par R. GARCIA, greffier de chambre

Attendu qu'un contrat de franchise a été conclu le 26 octobre 1998 entre la société FLORA PARTNER et M.AYNIÉ, conférant à ce dernier le droit exclusif d'exploiter un magasin à Nice sous la marque, l'enseigne et avec les techniques «Le jardin des fleurs » ; que monsieur Z... a ultérieurement constitué la société TANARY pour l'exploitation du fonds de commerce ; que le franchiseur s'est engagé, pendant la durée du contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente « Le jardin des fleurs » dans le territoire d'exclusivité concédé à son cocontractant ;

que cependant fin 1999 il a ouvert un site Internet sous l'enseigne le jardin des fleurs;

que le 18 janvier 2001 la société TANARY l'a fait assigner en nullité du contrat de franchise au motif qu'il n'aurait jamais fourni le moindre savoir-faire et subsidiairement en résiliation de ce contrat à ses torts exclusifs ;

que par jugement du 5 juillet 2002 le tribunal de commerce de Bordeaux a rejeté la demande de nullité mais prononcé la résiliation de la convention de franchise aux torts respectifs des parties, condamné la société TANARY à payer à la société FLORA PARTNER la somme de 24 039,80 € au titre des factures impayées et condamné la société TANARY à restituer sous astreinte à la société FLORA PARTNER le reste du matériel objet de la franchise ;

que le 26 février 2003 la cour d'appel de Bordeaux a confirmé ce jugement sauf pour ce qui est de la restitution ;

que pour statuer de la sorte la cour a retenu que l'obligation d'exclusivité territoriale essentielle et déterminante pour le franchisé devait le protéger de toute vente à l'initiative du franchiseur, directement ou indirectement, et que la vente sur Internet, bien que constituant une vente passive, portait atteinte à cette exclusivité dès lors qu'elle était réalisée sans contrepartie financière pour le franchisé qui néanmoins contribuait au fonctionnement du site par prélèvements effectués sur la redevance communication qu'il versait au franchiseur ;

que cette décision a été cassée et annulée en toutes ses dispositions au motif unique qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site Internet n'était pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé, la cour d'appel avait violé les dispositions de l'article 1134 du Code civil, peu important le règlement CE numéro 2790 / 1999 de la commission CE du 22 décembre 1999 inapplicable en l'espèce ;

que l'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Toulouse ;

Attendu qu'il est prétendu par la société TANARY

1o) que le contrat est nul pour défaut d'objet ; que la dénomination "Jardin des fleurs " n'a rien d'original ou de distinctif et que le savoir-faire revendiqué par le franchiseur est inexistant ; que le concept, à savoir la vente de fleurs coupées en libre-service, n'est pas innovant et que l'aménagement préconisé par la société FLORA PARTNER ne présente aucune spécificité; que l'organisation mise en place par le franchiseur n'a en réalité été instaurée qu'en 2001, après que les relations entre les parties aient pris fin, et qu'elle se caractérise par l'existence d'une centrale d'achat qui n'apporte aux franchisés aucun avantage particulier ;

2o) à titre subsidiaire, que le contrat doit être résilié aux torts de la société FLORA PARTNER ; que l'assistance dont elle était débitrice n'a jamais été fournie, que l'organisation du réseau était défectueuse et que la société FLORA PARTNER, en réalité, n'a jamais eu d'autre but que de le faire évoluer dans son intérêt personnel notamment par la création d'un site Internet lui permettant de réaliser des ventes directes ;

3o) que dans les deux cas, nullité ou résiliation, la société FLORA PARTNER doit être condamnée à réparer l'intégralité de son préjudice soit au total la somme de 338 846,80 €;

4o) que les demandes de la société FLORA PARTNER ne sont pas fondées ;

- que les fautes qu'elle impute au franchisé ne sont en aucune manière établies, qu'il s'agisse de l'absence de caution bancaire au titre des achats effectués par la centrale, du refus à compter d'avril 2000 d'appliquer le concept et le savoir-faire « Le jardin des fleurs », de la dissimulation du chiffre d'affaires, de la déclaration des achats extérieurs ou enfin du refus des visites et des conseils du service animation ; que de toute façon le franchiseur ne fait pas la preuve du préjudice qu'il invoque ; qu'il ne peut pas valablement demander le paiement des redevances et un pourcentage du chiffre d'affaires jusqu'au terme du contrat puisque de son côté il n'a pas fourni les contreparties auxquelles son cocontractant aurait pu prétendre si la relation contractuelle s'était maintenue ; qu'il y a donc lieu, comme l'a fait le tribunal, de le débouter de sa demande en paiement de la somme de 142 867,80 € à titre de dommages-intérêts et de sa demande en paiement de la somme de 13 001, 61 € correspondant aux redevances dues de janvier 2001 à avril 2001 ;

- que le jugement doit être aussi confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de la société FLORA PARTNER tendant à voir interdire l'utilisation de l'enseigne « Le monde des fleurs » ;

- que le franchiseur exige la restitution du matériel objet de la franchise mais ne dit pas quel est le matériel qui entre dans le champ de sa demande ; qu'il doit donc être, contrairement à ce qu'a décidé le tribunal, débouté de ce chef ;

que la société TANARY demande en outre paiement de la somme de 10 000 € sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu qu'il est soutenu en réplique par la société FLORA PARTNER

1o) sur la prétendue nullité du contrat de franchise

- que la motivation du jugement dont appel de même au demeurant que celle de l'arrêt cassé de la cour d'appel de Bordeaux sont sur ce point inattaquables ;

- que la validité du contrat n'est pas discutable ; qu'un véritable savoir-faire éprouvé et reconnu a bien été transmis au franchisé et que, la marque ayant été déposée en 1989, la société TANARY ne peut pas sérieusement soutenir, pour conclure à la nullité du contrat, que l'enseigne « Le jardin des fleurs » n'est pas susceptible de protection ;

- qu'en tout état de cause les demandes indemnitaires formées par la société TANARY ne sont pas fondées ; qu'elle ne communique aucune pièce à l'appui de sa demande en paiement de la somme de 338 846,80 € et que son préjudice est d'autant moins caractérisé qu'elle continue d'exploiter son magasin de Nice sur la base des acquis et du savoir-faire qui lui ont été transmis dans le cadre de la franchise ; qu'elle croit pouvoir solliciter le remboursement de l'ensemble des prestations dont elle a bénéficié pendant l'exécution du contrat et celui de toutes les redevances réglées en 1999 et en 2000 ainsi que des sommes versées au titre du droit d'entrée dans le réseau mais que la remise en état consécutif à la nullité doit tenir compte des prestations reçues durant l'exécution de la convention par l'une et l'autre des parties et que dans le cas précis faire droit aux demandes du franchisé aboutirait en ce qui le concerne à un véritable enrichissement sans cause ;

2o) que les griefs formulés contre le franchiseur sont mal fondés ;

- que s'agissant de la création du site Internet le tribunal a statué ultra petita puisqu'il n'était saisi d'aucune demande de ce chef ; qu'en tout état de cause l'ouverture de ce site n'était en aucun cas constitutive d'une violation de la clause d'exclusivité territoriale;

- que les autres griefs allégués par la société TANARY n'ont été retenus ni par le tribunal de commerce de Bordeaux ni par la cour d'appel de Bordeaux ; que ces deux juridictions, bien loin de stigmatiser les carences du franchiseur, ont relevé son implication dans la création, le développement et la pérennité des magasins franchisés; que le prétendu échec commercial invoqué par la société TANARY n'a pas d'autre origine que la mauvaise gestion de son point de vente et sa volonté manifeste de ne pas appliquer le concept ;

3o) que les fautes commises par la société TANARY justifient la résiliation du contrat à ses torts exclusifs, qu'il s'agisse de la violation de la procédure de résiliation contractuelle ou les autres manquements dont elle s'est rendue coupable, absence de caution bancaire, refus d'appliquer le concept et le savoir-faire du franchiseur, dissimulation de son chiffre d'affaires, absence de déclaration des achats extérieurs, refus des visites et des conseils du service animation mis en place par le franchiseur, refus de payer les sommes dues à sa cocontractante, absence de toute commande de produits auprès de la centrale d'achat du franchiseur et défaut de paiement des sommes dont elle était débitrice au titre des achats, de la redevance de franchise et de la redevance de communication ; que la résiliation doit donc être prononcée à ses torts exclusifs et qu'elle doit prendre effet, non pas le 18 janvier 2001, date de délivrance de l'assignation, mais le 18 avril 2001, au terme du délai de trois mois prévu par la convention;

4o) que par suite de cette résiliation à ses torts exclusifs elle doit être condamnée à réparer l'intégralité du préjudice subi par le franchiseur ; que le contrat avait été conclu le 26 octobre 1998 pour une durée de sept ans soit jusqu'au 26 octobre 2005 et que, demeurant l'importance du préjudice qu'elle a causé à la société FLORA PARTNER, elle doit être condamnée à lui payer les redevances qui étaient dues jusqu'au terme du contrat, soit 54 redevances pour un montant total de 142 867,80 € que la cour à titre subsidiaire fera application de la clause pénale prévue au contrat, portant sur 48 mois, et condamnera le franchisé à payer la somme de 126 993,60 €;

5o) qu'en tout état de cause il y a lieu d'observer

- que devant les premiers juges la société FLORA PARTNER sollicitait la condamnation de la société TANARY à lui payer la somme de 38 634,02 € correspondant à des achats de marchandises de septembre à décembre 2000, à la redevance sur le chiffre d'affaires de décembre 2000 à avril 2001 et aux redevances communications pour la même période ; qu'il convient de rappeler que la société TANARY avait cessé à compter du mois de décembre 2000 d'adresser à son franchiseur les chiffres de son activité et de régler les redevances correspondantes ; que le jugement de ce chef a fait droit aux demandes du franchiseur et qu'il doit être confirmé étant observé que la société TANARY a aujourd'hui réglé l'intégralité de sa dette,

- que pour ce qui est des redevances dues de janvier 2001 à avril 2001 le jugement doit être contraire réformé car il a considéré à tort que la date de résiliation était le 18 janvier 2001 de sorte que seule les redevances du mois de décembre 2000 étaient exigibles alors en réalité que la date de résiliation devait être fixée au 18 avril 2001 ;

- que la société TANARY devait par ailleurs être condamnée au paiement de la somme de 14 589,37 € au titre des redevances de l'année 2000 dissimulées ;

- qu'enfin la société TANARY cherche de façon évidente à continuer de bénéficier de la notoriété et des attributs de l'enseigne « Le jardin des fleurs » ; que pour ce faire elle n'a pas hésité à choisir une nouvelle dénomination commerciale extrêmement proche de cette enseigne à savoir « Le monde des fleurs » ; que ce faisant elle viole délibérément l'article 20.4-3 du contrat de franchise qui dispose que le franchisé ne devra utiliser aucun signe qui puisse rappeler ou qui soit susceptible de créer dans l'esprit du public une confusion dans les marques du franchiseur par leur similarité que ce soit dans leur appellation, leur forme ou leur couleur ; qu'il y a donc lieu de la condamner à cesser d'utiliser la dénomination commerciale « Le monde des fleurs » ;

- que le jugement est en voie de confirmation en ce qu'il a ordonné la restitution sous astreinte des éléments distinctifs du concept du réseau « Le jardin des fleurs » ;

que la société FLORA PARTNER demande aussi paiement de la somme de 8000 € en application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

SUR QUOI

1o) Sur la procédure

Attendu que la société FLORA PARTNER conclut à l'irrecevabilité des conclusions déposées par la société TANARY la veille de la clôture " dans la mesure où elles ont été multipliées par deux, ce qui ne peut pas permettre à la veille de l'ordonnance de clôture un débat contradictoire " ;

Mais attendu d'une part qu'elle a elle-même conclu le même jour, sans égard particulier pour le principe du contradictoire ;

Et attendu d'autre part que les conclusions en cause ont été déposées en réplique aux écritures adverses du 31 octobre 2007 et ne soulèvent ni moyens nouveaux ni prétentions nouvelles de telle sorte qu'elles n'appelaient pas de réponse ; qu'aucune atteinte n'ayant ainsi été portée aux droits de la défense la demande de la société FLORA PARTNER ne peut être accueillie ;

2o) Sur la nullité

Attendu que la cour d'appel de Bordeaux a rejeté la demande de nullité du contrat de franchise formée par la société TANARY et que de ce chef aucun pourvoi n'a été formé devant la cour de cassation ;

Or attendu que la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée selon l'article 624 du Nouveau code de procédure civile à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation ;

qu'il s'en déduit que quelle que soit la généralité des termes prononçant la cassation, c'est à dire même s'il s'agit comme au cas particulier d'une cassation totale, toutes les parties de la

décision qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi subsistent comme passées en force de chose jugée ;

que la demande de nullité formée par le franchisé pour défaut d'objet, au motif qu'aucun savoir faire ne lui a été transmis et que le concept revendiqué par le franchiseur n'avait rien d'innovant doit donc être rejetée ;

Attendu qu'en tout état de cause ne sont pas fondées les critiques formulées par la société TANARY, consistant à soutenir d'une part qu'aucun savoir faire ne lui a été transmis et d'autre part que la marque " Le Jardin des Fleurs " dont le droit d'usage à titre d'enseigne lui a été concédé n'avait rien d'original ni de distinctif ,

que l'originalité du concept et la qualité du savoir faire sont attestées par divers organismes tels que la Fédération des Réseaux Européens de Partenariat et de Franchise ;

que la réussite de la société FLORA PARTNER est soulignée dans plusieurs articles de presse publiés dans des revues dont l'objectivité ne peut pas être a priori mise en cause quand bien même elle y aurait effectué des publicités ;

que les éléments sur lesquels elle se fonde sont certes pour la plupart postérieurs à l'introduction de la présente procédure mais qu'il ne saurait en être déduit que son savoir-faire était à l'origine inexistant ;

qu'elle remettait à chaque franchisé lors de son entrée dans le réseau une bible de 180 pages identifiant ses techniques propres et abordant les thèmes les plus importants à savoir le fonctionnement du magasin, les méthodes de vente, la formation et l'assistance etc...;

qu'il est prétendu par la société TANARY que le concept se résume à la présentation de bacs extérieurs permettant au client de se servir lui même et que cette présentation n'a rien d'innovant mais qu'il convient ici d'observer que le concept ne se limite pas à l'existence d'une présentation de fleurs sur des chariots extérieurs et de rappeler que la notion de savoir-faire doit être comprise de façon extensive ; qu'il peut s'agir comme au cas précis d'une méthode commerciale originale d'organisation et de gestion des entreprises appartenant au réseau ;

que s'il est vrai pour le surplus qu'il ne suffit pas d'alléguer qu'une marque a fait l'objet d'un dépôt pour démontrer qu'elle est suffisamment originale ou distinctive pour permettre un ralliement de la clientèle il reste que dans le cas particulier la marque " Le Jardin des Fleurs " bénéficie d'une certaine notoriété et qu'il n'est pas besoin d'une dénomination complexe pour identifier un réseau ; que bien au contraire en matière de franchise la marque doit être simple, facile à retenir et forte pour éviter la confusion avec d'autres signes ; que la société TANARY ne démontre à aucun moment ce risque de confusion et qu'il est au contraire constant que l'utilisation du mot " Jardin ", aussi simple soit il, invite le consommateur à une démarche d'un type nouveau, consistant à venir " cueillir " lui même ses fleurs dans le magasin ;

3o) Sur la résiliation

- Sur les griefs formulés à l'encontre du franchiseur

* sur la création du site internet

Attendu que la société FLORA PARTNER reproche ici au tribunal d'avoir statué ultra petita , alors que le moyen tiré d'une prétendue violation de la clause d'exclusivité territoriale n'était pas soulevé par la société TANARY ; qu'elle a demandé pour ce motif à la cour d'appel de Bordeaux de prononcer l'annulation du jugement et qu'elle a formé un pourvoi contre le rejet de sa demande d'annulation ;

Mais attendu que son pourvoi, de ce chef, a été rejeté et qu'il est certain, à l'analyse des pièces communiquées par la société TANARY, que le moyen en litige avait été soumis oralement aux premiers juges qui se sont donc prononcés sur ce qui était demandé et uniquement sur ce qui était demandé ;

Attendu pour le surplus que le franchiseur s'est seulement interdit d'autoriser l'ouverture d'un autre point de vente " Le Jardin des fleurs " sur le territoire d'exclusivité concédé au franchisé et que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans un secteur protégé ;

qu'elle ne violait donc pas la clause d'exclusivité et qu'elle n'est pas non plus constitutive d'un manquement de la société FLORA PARTNER à son obligation générale de bonne foi telle qu'instituée par l'article 1134 du Code civil ;

que la société TANARY a été régulièrement informée de l'avancée du projet " internet " et que spécialement elle a été destinataire au mois de juin 1999 d'un document intitulé « Mon magasin jardin des fleurs et Internet » ne laissant aucun doute sur les intentions du franchiseur et démontrant sans ambiguïté que le développement des ventes via internet était de l'intérêt de tous ;

que l'analyse de cette brochure fait ressortir que le lancement officiel du site était fixé en septembre 1999 ; que chaque magasin devait bénéficier d'une présentation et qu'il était prévu que lorsqu'un client viendrait commander dans un magasin pour faire une transmission florale le franchisé toucherait un pourcentage sur la vente ; que le franchiseur déclarait être en train d'étudier les commissions possibles et précisait que c'était un calcul difficile étant donné qu'il allait perdre de l'argent les premières années et que les commissions viendraient s'ajouter aux charges ; qu'il estimait cependant de l'ordre de 10 % sur la vente HT la commission susceptible d'être reversée au franchisé si une personne venait commander dans son magasin pour faire une transmission florale via le site internet ; que pour le lancement était prévu un budget de participation de 10 % du budget alloué à la communication ;

que s'il est exact que dans un premier temps les franchisés n'ont pas tiré profit de cette opération alors pourtant qu'ils la finançaient au moins pour partie il reste

- que des indications leur ont été immédiatement données sur les commissions qu'il pouvait espérer, ce qui les mettait en situation de négocier avec leur partenaire,

- qu'il doit être admis avec le franchiseur que la mise en place du site ne pouvait pas se faire du jour au lendemain et que l'opération, d'abord expérimentale, ne pouvait pas être immédiatement rentable ;

- qu'elle a d'ailleurs dans un premier temps, en 2000 et 2001, engendré des pertes importantes ;

que la société TANARY a agi en justice très peu de temps après l'ouverture du site, sans laisser le temps au franchiseur de faire des propositions plus concrètes après négociation avec les membres du réseau ;

que quoi qu'il en soit après plus d'une année d'expérimentation les franchisés ont accepté le 4 juillet 2001 la clause suivante : « Compte tenu de ce que la vente par l'intermédiaire d'Internet constitue une vente passive, le franchisé reconnaît qu'en l'état, et sous réserve d'accords ultérieurs dans le cadre d'une réflexion commune qui doit s'instaurer avec le réseau, la clientèle basée sur son territoire exclusif pourra être livrée par Internet, à condition que le franchiseur réserve une commission au franchisé pour toute livraison sur la ville correspondant à son implantation d'un montant maximum de 6 % du chiffre d'affaires hors-taxes, hors frais, sur la base d'états semestriels, d'après une méthode déterminée en conseil national ou avec le réseau. Cette somme sera éventuellement partagée par le nombre de franchisés présents sur la ville destinataire " ;

qu'ainsi l'objectif de répartition des bénéfices annoncé dès 1999 a été consacré dès 2001 ;

qu'au total non seulement le site Internet ouvert par le franchiseur ne violait pas les dispositions relatives à l'exclusivité territoriale mais qu'en outre il a été mis en place et financé en toute transparence, dans l'intérêt du réseau et pas seulement dans celui de la société FLORA PARTNER ;

qu'il s'agissait d'un outil nouveau dont nul aujourd'hui ne peut faire l'économie et qui d'ailleurs est communément utilisé par la concurrence ; que s'il est vrai que dans le cas particulier sa mise en place a duré près de deux ans il reste qu'à l'issue de cette période d'essai les franchisés ont obtenu d'être commissionnés pour toute vente en ligne réalisée sur leur secteur et que dans ce contexte il est exclu de considérer que la société FLORA PARTNER s'est rendue coupable d'une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation du contrat à ses torts ;

* sur l'absence d'évolution du concept et d'assistance

Attendu qu'il est prétendu par la société TANARY que la société FLORA PARTNER n'a pas cherché à améliorer son savoir-faire et qu'elle s'est montrée défaillante dans l'animation du réseau ;

Mais attendu qu'il suffit de se référer aux très nombreux courriers qu'il adressait à ses franchisés pour constater que le franchiseur était totalement impliqué dans la création, le développement et la pérennité des magasins du réseau et qu'il n'a cessé de vouloir améliorer son efficacité, ne serait qu'en ouvrant un site internet qui à terme devait bénéficier à tous ;

Et attendu qu'il est clairement établi par les pièces du dossier que la société FLORA PARTNER donnait à ses cocontractants une formation de base, à leur entrée dans le réseau, et qu'en cours d'exécution du contrat elle assurait une formation continue, donnait des conseils et effectuait des visites de contrôle ;

que les reproches qui lui sont faits sur ce point particulier ne sont donc pas fondés ;

* sur les dysfonctionnements

Attendu que la société TANARY fait ici grief à la partie adverse d'avoir fixé abusivement les prix en imposant aux franchisés d'acquiescer les produits auprès de sa centrale d'achat, laquelle pratiquait des prix largement supérieurs à ceux du marché ; qu'elle se plaint aussi d'une opacité totale sur le fonctionnement du réseau qui empêchait les franchisés de vérifier les conditions d'application du contrat ;

Mais attendu d'une part que la société franchisée ne développe pas son argumentation de ce chef et qu'elle ne saurait se contenter de rappeler qu'une association de franchisés a été créée au cours de l'année 2000 pour faire la preuve des dysfonctionnements allégués ;

Et attendu qu'il est au contraire constant

Sur l'abus prétendu dans la fixation des prix

que s'ils n'avaient pas bénéficié de prix conformes au marché les franchisés n'auraient pas manqué de proposer au franchiseur d'autres sources d'approvisionnement plus avantageuses et que d'ailleurs l'article 16.3.8 du contrat leur faisait obligation de faire connaître à la société FLORA PARTNER tout fournisseur non référencé par la centrale d'achat et capable d'offrir de meilleures conditions de vente ; qu'ils ne seraient fondés à se prévaloir de tarifs plus intéressants que s'ils avaient rempli cette obligation;

que, quoiqu'il en soit, la société TANARY ne produit aucun tableau comparatif susceptible d'accréditer sa thèse ;

qu'il est prévu par le contrat que les prix d'achat des marchandises dont le franchiseur assure l'approvisionnement sont soumis à des variations dues au cours des marchés locaux, régionaux, nationaux ou internationaux et que les prix 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 ;

que dès lors 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 ;

qu'aucun des éléments de preuve produits par la société TANARY ne permet ce rapprochement ;

qu'en tout état de cause il n'est pas possible de caractériser un abus dans la fixation des prix alors que le franchisé n'était pas lié par une clause d'approvisionnement exclusif, qu'il pouvait au moins pour partie s'adresser à d'autres fournisseurs et que donc il n'était pas totalement dépendant du franchiseur ; qu'il avait la faculté et même l'obligation d'alerter celui-ci sur l'existence éventuelle de tarifs plus avantageux et que par ce biais il disposait d'une marge de négociation dont rien ne permet d'affirmer qu'elle n'était qu'une liberté formelle qu'il n'était pas en réalité en mesure d'exercer;

que l'abus au cas précis peut d'autant moins être retenu que la preuve n'est pas rapportée d'un profit illégitime ni de l'impossibilité pour les franchisés, en l'état des tarifs pratiqués par la centrale d'achat, de réaliser un profit assurant le maintien de leur entreprise ;

que d'ailleurs d'une façon générale les attestations versées aux débats par la société FLORA PARTNER démontrent que les franchisés étaient satisfaits du rapport qualité-prix des produits et que la centralisation des achats permettait en réalité au franchiseur et plus généralement au réseau de bénéficier de conditions plus avantageuses auprès des fournisseurs ;

Sur l'opacité du réseau

que la société TANARY n'explique pas en quoi les franchisés étaient dans l'impossibilité " de vérifier les conditions d'application du contrat " ni en quoi le système mis en place manquait de transparence ;

qu'il est au contraire constant s'agissant des approvisionnements que le franchiseur s'est clairement engagé à limiter la rémunération nette de sa centrale d'achat et de référencement à 3 % de la totalité des achats effectués par l'ensemble des franchisés du réseau auprès de sa centrale ;

que la prétendue violation de cette limite n'est pas démontrée ; que les franchisés paraissent ici confondre la « rémunération » à savoir le bénéfice éventuel dégagé par la centrale en fin d'année avec la marge brute prélevée pour chaque opération sur les prix d'achat des fournisseurs référencés ; que cette marge permet de compenser les frais de gestion et de fonctionnement de la centrale et qu'elle varie en fonction de l'évolution du marché mais aussi de l'activité de la centrale et de ses charges directes ou indirectes ; que la limite de 3 % correspond quant à elle au bénéfice maximum que la centrale peut percevoir à titre de rémunération nette ; que le contrat distingue clairement ce qui relève de la facturation (article 16-5) de ce qui constitue la rémunération (article 16-6) et qu'au total ni l'opacité de ces dispositions ni la perception par le franchiseur d'une rémunération excédant la limite posée par le contrat ne sont établies ;

qu'il est de plus inexact d'affirmer que le franchiseur aurait reconnu avoir violé les dispositions de l'article 16. 6 du contrat dans le compte rendu de la réunion du 11 janvier 2000 qui précisément fait bien la distinction entre la rémunération et le taux moyen de commission ;

Sur le redevance de communication

qu'il est reconnu par les franchisés eux mêmes que la redevance de communication n'était pas sans contrepartie puisqu'elle servait non seulement à financer la mise en place du site internet qui à terme devait bénéficier à l'ensemble du réseau mais que de plus des opérations publicitaires étaient régulièrement lancées par le franchiseur ;

qu'il n'est ni démontré ni même allégué pour le surplus que le budget communication géré par la société FLORA PARTNER a été utilisé à d'autres fins que la communication;

que les courriers qui sont versés aux débats par les intimés, émanant pour la plupart de l'association constituée par les franchisés, ne dénoncent pas une quelconque utilisation frauduleuse des fonds mais stigmatisent pour la plupart le manque de préparation ou l'inefficacité des opérations publicitaires réalisées ;

que ces critiques, même fondées, ne seraient pas constitutives d'une cause de résiliation, dès lors que l'existence même des opérations de communication n'est pas douteuse ;

- sur les griefs formulés à l'encontre du franchisé

Attendu qu'il est constant et d'ailleurs non contesté par la société TANARY

* qu'elle n'a pas délivré à la société FLORA PARTNER la caution bancaire à première demande prévue par l'article 16.8-1 du contrat de franchise ;

* qu'elle a cessé à compter du mois d'avril 2000 de respecter et d'appliquer le concept et le savoir-faire " LE JARDIN DES FLEURS " ;

* qu'elle a cessé avant d'assigner de s'approvisionner dans les limites prévues par le contrat auprès de la centrale d'achat du fournisseur ;

* qu'elle a cessé de payer les redevances dès le mois de juin 2000;

* qu'elle a refusé les visites de contrôle,

que l'ensemble de ces manquements justifie la résiliation du contrat de franchise à ses torts exclusifs quel que soit par ailleurs le mérite de l'argumentation développée par le franchiseur sur la violation de la procédure contractuelle de résiliation ou sur la dissimulation du chiffre d'affaires et sur l'absence de déclaration des achats extérieurs, ces trois griefs étant contestés par le franchisé ;

qu'elle fait plaider que c'est parce que le franchiseur violait ses propres obligations qu'elle a décidé de ne plus exécuter les siennes mais que les manquements qu'elle reproche à la société FLORA PARTNER ne sont pas caractérisés et que donc elle ne saurait se prévaloir de l'exception d'inexécution ;

- sur la date de résiliation

Attendu que la date de la résiliation est celle à laquelle le débiteur a cessé d'exécuter ses obligations contractuelles ;

qu'il est certain dans le cas particulier que la société TANARY s'était affranchie de toutes ses obligations à la date de la délivrance de l'assignation ; que c'est dès lors à juste titre que le premier juge a retenu cette date, soit le 18 janvier 2001 ;

4o) sur les conséquences de la résiliation

- sur la clause pénale

Attendu que le préjudice subi par le franchiseur n'est pas égal aux redevances qui étaient dues jusqu'au terme du contrat mais doit être apprécié dans les conditions prévues par les cocontractants eux mêmes ;

Or attendu qu'il est prévu par le contrat (article 20.5-4) que dans tous les cas de résiliation aux torts du franchisé celui ci devra verser au franchiseur à titre de clause pénale non réductible une somme égale à 48 mois de redevances mensuelles calculées sur la moyenne mensuelle des 12 mois précédents ou à défaut sur la moyenne mensuelle du total des redevances ;

que cette peine est manifestement disproportionnée par rapport au préjudice subi car même si l'on admet que avec la société FLORA PARTNER que le départ anticipé d'un franchisé est pénalisant, que tout manquement à l'obligation d'approvisionnement désorganise les circuits de distribution ou encore que la rupture est d'autant plus préjudiciable qu'elle est soudaine il reste qu'elle n'a formulé aucune critique à l'encontre de la société TANARY tout au long de l'exécution du contrat de franchise, que ce n'est pas elle qui a pris l'initiative de la procédure et qu'en définitive son préjudice n'a pris naissance que quelques mois avant la délivrance de l'assignation ;

que dans ce contexte et par application de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil la clause pénale doit être réduite à 30.000 €, étant ici rappelé que toute stipulation de nature à porter atteinte au pouvoir modérateur du juge est réputée non écrite ;

- sur les factures d'achats et sur les redevances dues au 31 décembre 2000

Attendu que de ce chef le premier juge a condamné la société TANARY à payer à la société FLORA PARTNER la somme totale de 24.039,80 € dont il n'est pas contesté qu'elle a été intégralement payée ;

que la cour confirmera cette décision par adoption de motifs, étant observé qu'elle n'est pas utilement critiquée par le franchisé et que celui ci au soutien de sa demande de remboursement se contente en vain d'invoquer l'exception d'inexécution, en soutenant sans en faire la preuve que le franchiseur a lui même manqué à ses obligations et que donc le paiement des factures aurait été sans cause ;

- sur les redevances dues de janvier 2001 à avril 2001

Attendu que le jugement dont appel est également en voie de confirmation en ce qu'il a considéré que, la date de résiliation ayant été fixée au 18 janvier 2001, seules étaient exigibles les redevances du mois de décembre 2000 ;

- sur les redevances sur le chiffre d'affaires qui aurait été dissimulé en 2000

Attendu que la société FLORA PARTNER a fait procéder à un audit qui d'après elle constituerait la preuve de la dissimulation alléguée ;

Mais attendu que les chiffres dont elle fait état sont contestés par la société TANARY, que l'audit n'a pas été réalisé contradictoirement et que ses conclusions ne reposent que sur une hypothèse, les auditeurs considérant que la baisse constatée du chiffre d'affaires ne pouvait provenir que de recettes non déclarées ;

- sur la cessation de l'utilisation de la dénomination commerciale " Le Monde des Fleurs "

Attendu qu'il est prétendu par le franchiseur qu'en choisissant cette dénomination la société TANARY entretient volontairement la confusion et sème le doute dans l'esprit du consommateur ;

Mais attendu qu'il a déjà été relevé que c'est le mot " Jardin " qui fait l'originalité de l'enseigne le Jardin des Fleurs et que dès lors la dénomination " Le Monde des Fleurs " qui ne reprend pas ce vocable ne peut pas porter atteinte à la marque déposée par la société FLORA PARTNER ;

que celle ci de ce chef sera donc déboutée de toutes ses demandes;

- sur la restitution des éléments distinctifs du réseau

Attendu que ces éléments, conformément à l'article 20.7 du contrat doivent être restitués au franchiseur et que le jugement dont appel est aussi en voie de confirmation de ce chef ;

Attendu que la société TANARY qui succombe pour l'essentiel doit être condamnée aux dépens exposés devant les juridictions du fond, y compris ceux afférents à l'arrêt cassé de la cour d'appel de Bordeaux ainsi qu'à payer à la société FLORA PARTNER la somme de 3000 € par application des dispositions de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

La cour,

Vu l'arrêt rendu par la cour de cassation le 14 mars 2006,

Rejette la demande de la société FLORA PARTNER tendant à voir déclarer irrecevables les conclusions déposées par la société TANARY la veille de le clôture ;

Confirme la décision déferée en ce qu'elle a

- ordonné à la société TANARY de restituer sous astreinte à la société FLORA PARTNER les matériels dépendant de la franchise,

- condamné la société TANARY à payer à la société FLORA PARTNER la somme de 24.039,80 € au titre des factures impayées ;

- rejeté les demandes de la société FLORA PARTNER concernant les factures impayées de janvier 2001 à avril 2001, les redevances dissimulées, et l'utilisation de la dénomination commerciale " Le Monde des Fleurs " ;

Et la réformant pour le surplus ou y ajoutant,

Prononce la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société TANARY à compter du 18 janvier 2001;

Condamne la société TANARY à payer à la société FLORA PARTNER la somme de 30.000 €;

Condamne aussi la société TANARY en tous les dépens exposés devant les juridictions du fond, y compris ceux afférents à l'arrêt cassé de la cour d'appel de Bordeaux et autorise la SCP

BOYER LESCAT MERLE avoués associés, à recouvrer directement contre elle ceux des dépens dont elle aurait fait l'avance sans avoir reçu provision suffisante ;

La condamne enfin à payer à la société FLORA PARTNER la somme de 3000 € par application des dispositions de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile ;

Rejette toute autre demande contraire ou plus ample des parties.

Le greffier
Le président
R.GARCIA
M.LEBREUIL