

DISTRIBUTION

1128

La transmission du réseau de franchise : non aux dogmes, oui au pragmatisme !

Rien, ni personne ne devrait pouvoir s'opposer à la libre transmission d'un réseau de franchise. Ainsi et *ex ante*, pas de conditions, ni de contrôles et *ex post*, le recours éventuel au juge qui, au cas par cas, veillera au respect du principe de loyauté et à la poursuite des contrats en cours.

Étude rédigée par :

Rémi de Balmann,

avocat au barreau de Paris, gérant-associé du cabinet D, M & D Avocats, coordinateur du collège des experts de la Fédération française de la franchise

1 - Dissiper les idées reçues. - Rares, très rares sont les créateurs de concepts qui expriment l'envie de « faire un coup » et de monter le plus vite possible en puissance pour pouvoir céder rapidement et au meilleur prix le réseau.

Les fonds d'investissements eux-mêmes - s'ils s'intéressent aux réseaux - ne sont pas tous obnubilés par des retours sur investissements à court terme et nombre d'entre eux contribuent au renforcement des réseaux plutôt qu'à leur pillage.

La transmission viendra ainsi le plus souvent marquer une étape dans le développement du réseau, soit que son fondateur ait envie de passer la main, soit qu'un jeune concept veuille s'appuyer sur des investisseurs pour renforcer ses capacités d'emmener le réseau plus vite et plus loin.

Un exemple fameux parmi d'autres : le réseau O'Tacos, créé en 2011 à Bordeaux, et dont les trois fondateurs ont cédé le contrôle à un fonds d'investissement belge en 2018 pour un montant non dévoilé¹...

Autre exemple récent : Pokawa, une enseigne fondée par deux jeunes amis associés et qui vient de s'adosser à un fonds avec l'ambition affichée de devenir une marque mondiale de poké bowl.

2 - Alors certes, une transmission réussie doit reposer sur la volonté de pérenniser le développement et d'agir dans l'intérêt commun. Mais tout doit être fait pour faciliter les cessions !

Et il est parfaitement légitime que des créateurs de réseau, qu'ils auront créé et développé, puissent, le moment venu, le céder librement.

C'est pourquoi il n'est pas logique, ni sur le plan juridique, ni sur le plan pratique, de partir d'un postulat tel que : « *Le terme de*

*“reprise de réseau” est impropre puisque le réseau ne peut pas être cédé par le franchiseur ou repris à ce dernier car il ne lui appartient pas. (...) Le réseau est constitué de l'ensemble des entreprises franchisées et du franchiseur. Il est leur bien commun. Nul ne peut se l'approprier ni en disposer sans l'accord de tous ses membres »*².

Une idée qu'on retrouve dans le sulfureux Guide de la franchise co-écrit par Nicolas Dissaux et Charlotte Bellet qui ambitionnent que - par voie législative - soit notamment imposé le principe que : « *La cession de titres [...] qui conduit à un changement de contrôle de la société franchiseur exige l'autorisation de la majorité des franchisés composant le réseau de franchise »*³.

1. Têtes de réseaux et membres : quel *intuitu personae* ?

3 - Loin d'y voir une position de bon sens et équitable, doit être tenue pour funeste et délétère cette volonté de « *mettre sur un pied d'égalité* » le franchiseur et les franchisés !

Ainsi et selon ces axiomes, un *intuitu personae* identique, de même nature et de même portée, devrait peser sur les têtes de réseaux comme sur leurs membres.

C'est oublier cependant les équilibres inhérents à la construction des réseaux, et - sans qu'il soit question ici de parler de partie forte ou de partie faible - ne nions pas que le promoteur du réseau a sinon plus de droits du moins des droits différents de ceux des franchisés !

Et si les têtes de réseaux insèrent dans leurs contrats des clauses d'*intuitu personae*, c'est pour en faire découler un légitime droit d'agrément et - le plus souvent, sinon toujours aussi - un droit de préemption dans le cadre de toute opération affectant la société ou le fonds de commerce de leurs franchisés.

1 Ph. Bertrand, *Les fondateurs d'O'Tacos s'associent à un fonds belge* : Les Echos, 23 mai 2018.

2 S. Meresse, *Le franchisé confronté à la reprise de son réseau* : L'Officiel de la Franchise 106, nov. 2010, p. 106.

3 N. Dissaux et Ch. Bellet, *Le Guide de la Franchise* : Dalloz, 2021.

4 - Il s'agit pour les têtes de réseaux de se prémunir contre une perte d'emplacements, ce qui ne serait pas sans incidence sur la valorisation du réseau lors de sa transmission.

Les litiges récurrents opposant Carrefour et Casino - qui alimentent (sans mauvais jeu de mots) la jurisprudence franchise - traduisent ce souci de préservation des emplacements et des territoires.

Et personne ne peut trouver à redire sur le principe même de ces clauses d'agrément et de préemption instituées au profit de la tête de réseau.

5 - Faudrait-il pour autant les bilatéraliser ?

Faudrait-il symétriquement prévoir que - pour toute opération capitalistique affectant la tête de réseau Casino ou Carrefour - chaque franchisé aurait un droit d'agrément et de préemption ?

Cela n'aurait évidemment aucun sens.

Et c'est une des raisons pratiques pour lesquelles les têtes de réseaux insèrent dans leurs contrats des clauses, parfaitement logiques et valables, précisant que l'*intuitu personae* n'est pas réciproque.

6 - Il est donc possible - et la pratique le fait fréquemment - d'insérer dans les contrats de franchise la précision selon laquelle : « *La présente clause d'intuitu personae n'est pas réciproque et s'apprécie de la commune intention des parties comme s'appliquant du franchiseur vis-à-vis du franchisé pour les qualités duquel le franchiseur a contracté. En conséquence, le franchiseur aura la faculté de se substituer toute personne physique ou morale, lesquelles devront cependant fournir au franchisé les mêmes prestations que celles prévues au présent contrat, de sorte que le franchisé ne pourra se prévaloir de toute modification dans la personne ou dans la structure juridique ou financière du franchiseur à l'effet de dénoncer le présent contrat* ».

Devrait-on considérer que de telles clauses seraient nulles par nature ou - comme vient d'en juger la cour d'appel de Paris dans son arrêt Pizza Sprint du 5 janvier 2022 - constitutive d'un déséquilibre significatif⁴ ?

7 - Ces clauses sont pourtant fort utiles et ce n'est pas totalement par hasard si Carrefour et Casino ont été évoqués.

Car c'est en effet dans le cadre d'opérations capitalistiques concernant ces deux enseignes qu'ont été rendus les fameux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 juin 2008 posant le principe que les contrats de franchise sont conclus en considération de la personne du franchiseur et qu'ils ne peuvent, « *sauf accord du franchisé* », être transmis à une société tierce par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions ou par fusion-absorption⁵.

4 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 5 janv. 2022, n° 20/00737 : JCP E 2022, 1296.

5 Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-18.007, Lesage c/ Sté Distribution Casino France : JurisData n° 2008-044215 ; Bull. civ. IV, n° 111 ; JCl. Commercial, Synthèse 50 ; JCP E 2008, 2210, note H. Hovasse. - Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761, SAS Diapar c/ SAS Prodim : JurisData n° 2008-044216 ; Bull. civ. IV, n° 110 ; JCl. Commercial, Synthèse 50 ; JCP E 2009, 1479, n° 2, obs. D. Mainguy.

8 - Plaçons-nous sur le plan pratique et mesurons combien ces arrêts de principe virent au juridisme !

On parle en effet de société tierce mais - dans les faits - il s'agissait d'opérations de restructuration interne à la tête de réseau.

Alors même que les équipes et le concept demeureraient inchangés et par le seul jeu - mécanique - d'une fusion-absorption ou d'un apport partiel d'actif, le réseau peut se trouver vidé de ses membres dès lors qu'il est jugé que l'accord de chacun des franchisés est requis lors de telles opérations !

9 - Le Droit s'éloigne ici de la réalité économique puisque - s'il y a effectivement changement de personne morale - les équipes peuvent ne pas changer et les dirigeants eux-mêmes peuvent ne pas avoir changé.

10 - La réalité n'est-elle pas qu'on ne parle pas du tout du même *intuitu personae* lorsqu'on se situe au niveau du franchiseur ou du franchisé ?

Et c'est là que la pratique nous éclaire pleinement.

11 - Du côté des enseignes, l'*intuitu personae* ne pèse ou ne devrait peser que sur les têtes de réseaux et non pas sur la tête de leurs dirigeants.

Et l'on doit même pouvoir invoquer des clauses de non-réciprocité pour mettre les réseaux à l'abri du risque de voir résiliés les contrats de franchise à l'occasion d'une opération de restructuration du franchiseur.

Il y a évidemment de très fortes personnalités parmi les franchiseurs mais ils ne doivent pas « *focaliser le partenariat sur leur tête* ». Comme l'a écrit notre regretté confrère et ami Gilles Amédée-Manesme en février 2010 dans La Semaine juridique Entreprise et affaires : « *Les franchises où il y aurait trop d'affect des franchisés vis-à-vis du franchiseur [...] ne peuvent que fragiliser le réseau à terme car elles [...] constituent en cas de revente du réseau une réelle moins-value* »⁶.

« *Choisir un franchisé, c'est choisir un homme ; choisir un franchiseur, c'est choisir une enseigne* »⁷.

12 - La question rebondit aujourd'hui au travers du déséquilibre significatif.

Le risque étant que les juges considèrent que - par principe et en toutes circonstances - les franchiseurs n'auraient pas le droit d'insérer dans les contrats une clause stipulant une non-réciprocité de l'*intuitu personae*.

13 - Dans le désormais fameux arrêt du 5 janvier 2022 relatif au litige né à l'occasion de l'acquisition du réseau Pizza Sprint par Domino's Pizza, la cour d'appel de Paris a jugé que : « *La clause intuitu personae figurant au contrat de franchise Pizza Sprint, en ce qu'elle permet au franchiseur de décider de la fin anticipée du*

6 G. Amédée-Manesme, La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce : JCP E 2010, 1110.

7 R. de Balmann, En franchise, l'*intuitu personae* n'est pas réciproque : L'Officiel de la Franchise, oct. 2013.

contrat de franchise sans frais pour tout projet ayant une "incidence" sur la répartition actuelle du capital ou de celui du principal actionnaire, ou dans l'identité des dirigeants du franchisé, et en ce qu'elle ne prévoit pas de réciprocité pour le franchisé, crée un déséquilibre significatif entre les droits du franchiseur et les obligations du franchisé ».

Cette formulation est très regrettable en ce qu'elle édicte une sorte de principe général, qui devrait s'appliquer en toutes circonstances. Et l'on peut regretter que la cour d'appel de Paris ait écrit : « *Ce déséquilibre significatif s'est par ailleurs vérifié dans les circonstances de l'espèce* ».

Alors que la cour aurait pu écrire - reprenant d'ailleurs ici ce que le ministre de l'Économie et des Finances faisait lui-même valoir - à savoir que : « *Le déséquilibre significatif de cette clause s'est matérialisé lors de la cession de la société franchiseur Pizza Sprint à Domino's Pizza sans aucune information des franchisés et alors que cette cession a emporté des conséquences notables sur le devenir de leurs points de vente* ».

On aurait eu là une motivation au cas d'espèce et tenant compte de la façon dont la clause avait été mise en œuvre et non pas une condamnation de principe, à partir d'une analyse littérale de la clause et détachée des faits ayant conduit au litige.

Commentant cette décision, monsieur le professeur Nicolas Mathey a souligné avec raison que : « *Reconnaître que le contrat de franchise est caractérisé par un intuitu personae bilatéral est juste : prétendre qu'il doit être symétrique est contestable* ».

Et cet auteur d'ajouter avec pertinence : « *Une rédaction différenciée n'est pas illégitime a priori car les intérêts du franchisé et de franchiseur ne sont pas les mêmes. L'invocation de l'intuitu personae est parfois une formule commode mais peu précise, comme beaucoup de formules latines. Elle ne doit pas dissimuler la diversité des caractères personnels pris en compte par les parties* »⁸.

14 - Il est d'ailleurs assez amusant de constater que - dès lors que la société franchiseur n'est plus *in bonis* - les juges se font de l'intuitu personae une tout autre idée.

Ainsi, et dès lors qu'on est en procédure collective, l'intuitu personae du franchiseur s'efface pour des considérations à l'évidence d'efficacité.

15 - Dans un arrêt du 28 janvier 2019, la cour d'appel de Limoges a ainsi jugé que l'intuitu personae pesant sur le franchiseur ne fait pas obstacle à la cession forcée des contrats de franchise dans le cadre d'un plan de cession⁹.

L'affaire intéressait le réseau La Pataterie dont on sait qu'après une très forte montée en puissance, il a connu pour le moins une crise de croissance.

La cour a souligné dans cet arrêt que « *le réseau La Pataterie est exploitée quasi exclusivement sous forme de franchise [...] de sorte que les contrats de franchise s'avéraient nécessaires au maintien de l'activité des sociétés au cours du redressement et transférée ensuite au repreneur* ».

Et la cour de souligner encore - s'appuyant sur la notion de réseau - que « *l'offre [...] retenue par le tribunal de commerce était appuyée par [le] fondateur du groupe La Pataterie [...] et présentait des garanties d'exécution permettant d'assurer la pérennité des activités des trois sociétés du groupe et donc celui du réseau avec le maintien et la modernisation du concept initial* ».

16 - Ainsi donc, et parce qu'il appartient à un réseau, un franchisé peut voir son contrat transféré sans son accord dans le cadre d'un plan de cession des actifs.

Pourquoi refuser - lorsque la tête de réseau est *in bonis* - ce que l'on admet lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure collective ?

2. Quelle prise en considération de la personne du franchiseur lors de la conclusion d'un contrat de franchise ?

17 - Ce n'est qu'à titre exceptionnel, et en considération des spécificités d'un réseau, que les juges devraient pouvoir juger que le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur.

Ainsi en a-t-il été lors du rachat du groupement de parfumeries Marie Bernard par Marionnaud en 2000, affaire plaidée devant le tribunal de commerce de Saint-Brieuc puis la cour d'appel de Rennes.

Dans cette affaire, le groupe Marionnaud était entré dans le capital de la structure tête de réseau.

À l'annonce de cette nouvelle, six adhérentes du Groupement Marie Bernard ont refusé cette arrivée de Marionnaud et ont rejoint le Groupe Beauty Success.

Par arrêt en date du 20 janvier 2004, la cour d'appel de Rennes a considéré que l'acquisition par Marionnaud de la tête de réseau ne caractérisait pas en lui-même une faute mais « *autorisait néanmoins les sociétés franchisées à dénoncer avant terme le contrat d'enseigne dès lors qu'il modifiait les fondements du contrat et laissait en outre planer une incertitude sur la survie même de l'enseigne Marie Bernard* »¹⁰.

Pour les juges, et en l'espèce, les membres de ce groupement s'étaient engagés « *dans une relation contractuelle à caractère complexe en considération de l'identité du réseau et de la personne de ses dirigeants* ».

Et l'arrivée de Marionnaud comme actionnaire majoritaire de la tête de réseau faisait que « *les fondements des contrats étaient modifiés car "l'esprit club" était l'un des arguments de Marie Bernard* ». Résultat : par le seul fait de la prise de contrôle du groupement Marie Bernard par Marionnaud, les sorties anticipées du réseau décidées par six adhérentes ont été jugées fondées par les juges.

Mais cet arrêt a néanmoins été sans conséquences financières pour Marionnaud puisqu'aucune indemnité (pas un centime) n'a été octroyée aux adhérentes qui réclamaient, à elles six, à peu près deux millions d'euros de dommages et intérêts !

8 Contrats, conc. consom. 2022, comm. 45, obs. N. Mathey.

9 CA Limoges, ch. soc., 28 janv. 2019, n° 17/01340 : JCP E 2019, 1207.

10 CA Rennes, 20 janv. 2004, n° 03/00757 : JCP E 2004, p. 1282.

Les conseillers rennois ayant relevé que, « loin d'être perdus, les investissements réalisés [...] lors de leur entrée dans le réseau Marie-Bernard continuaient de leur bénéficier, les intéressées n'alléguant d'ailleurs aucun fléchissement de leur chiffre d'affaires à la suite de leur adhésion au réseau Beauty Success ».

Au final donc, le Groupe Marionnaud s'est contenté d'acquérir les parfumeries des dirigeants fondateurs du réseau Marie Bernard et d'y apposer son enseigne.

Car - et on arrive là sur le vrai point de fracturation - l'opération projetée visait bel et bien à changer d'enseigne et les adhérentes Marie Bernard ne voulaient tout bonnement pas devenir Marionnaud.

Dont acte !

Mais ce refus ne devait pas les autoriser à espérer retirer deux millions de l'opération, étant observé que personne n'a jamais songé à forcer un franchisé à changer d'enseigne contre son gré.

Et il n'est nullement besoin d'ériger - ni en principe jurisprudentiel, ni moins encore par voie législative - que toute cession d'un réseau nécessiterait l'accord préalable et exprès de chacun de ses membres !

Liberté devant être laissée au juge du fond d'apprécier au cas par cas si la tête de réseau agit de bonne ou de mauvaise foi.

Et c'est là que la position de la Cour de cassation est discutable dans la mesure où elle n'opère aucun *distinguo* lorsqu'elle énonce doctement que le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur.

Ainsi que l'a souligné un commentateur des arrêts du 3 juin 2008¹¹ : « S'agissant [...] d'un transfert au sein d'un même groupe de sociétés, on pourrait penser que l'identité financière, commerciale et industrielle du franchiseur reste inchangée en dépit du changement de la personne du franchiseur. [...] En l'espèce, l'apport partiel d'actifs a pu entraîner des changements importants dans les conditions d'approvisionnement et de référencement, de telle sorte que l'intuitus firmæ du contrat serait tout de même atteint. Cependant, l'attendu de la Cour de cassation, et on peut le regretter, est beaucoup plus tranché : il décide que le contrat de franchise échappe toujours au transfert automatique ».

Les juges du fond se voient retirer la tâche qui est normalement la leur de rechercher la présence de l'*intuitu personae* dans le contrat.

Car - et c'est là une protection nécessaire mais suffisante - les juges veillent au respect du principe de loyauté et à la poursuite des contrats en cours.

Ainsi et pour terminer, il faut citer un arrêt assez ancien de la cour d'appel de Dijon du 8 avril 2010¹².

À l'origine de l'affaire, la décision de la société Visual de se restructurer et de proposer aux meilleurs de ses franchisés de rejoindre le groupe Grand Optical tandis qu'une minorité était cédée au travers d'un apport partiel d'actif et de passif à une société censée faire survivre l'enseigne Visual.

Les juges ont considéré que : « Si l'intuitu personae était stipulé en l'espèce en considération du seul franchisé, et si en conséquence l'autorisation de ce dernier au transfert du contrat par le biais d'un apport partiel d'actif n'était pas nécessaire, la société Visual n'était pas moins tenue de respecter ses engagements et de mettre en œuvre de bonne foi la clause dont précisément elle entend tirer parti ».

La cour d'appel a relevé que le traité d'apport partiel d'actif et de passif ne garantissait pas la continuité des contrats puisqu'il excluait différents outils de gestion, certains logiciels et différents services.

La centrale d'achat ne devait plus jouer son rôle et les engagements de communication nationale disparaissaient.

D'où, selon la cour, l'anéantissement des investissements importants réalisés par le partenaire pour démarrer son activité et une indemnisation fixée à 180 000 €.

Citons dès lors et pour conclure le commentaire qu'un éminent auteur - avec lyrisme - a fait de cet arrêt de la cour d'appel de Dijon de 2010 : « Les réseaux de distribution changent et ne se ressemblent pas toujours... Que l'un d'eux passe entre les mains d'un nouveau maître, et ses membres s'inquiètent, ressentent leur vie antérieure et songent avec le poète : "j'ai longtemps habité sous de vastes portiques"... que ce nouveau partenaire risque de bousculer. L'opération, certes, peut être heureuse. Elle n'est cependant jamais neutre. De sorte que la question de la cession d'un contrat de franchise, à la faveur d'une restructuration d'un réseau, revêt une importance considérable en pratique »¹³.

11 JCP G 2008, II, 10154, C. Maréchal.

12 CA Dijon, 1^{re} ch. civ., 8 avr. 2010, n° 09/00679, SARL BM.

13 N. Dissaux, *Les conditions d'efficacité de la cession d'un contrat de franchise* : JCP E 2010, 1412.