

REVUE LAMY

Droit des Affaires

NUMÉRO SPÉCIAL

Le déséquilibre significatif en franchise :
quelle importance ?

*Nicolas DISSAUX, Romain LOIR, Vincent VIGNEAU, Nicolas FERRIER, Charlotte BELLET,
Rémi de BALMANN, Grégoire TOULOUSE et Gaël CHANTEPIE*

193 | MENSUEL
JUIN 2023

7744

Le déséquilibre significatif en franchise : Eldorado pour les franchisés ou triangle des Bermudes pour les franchiseurs ?

Rémi de
BALMANN
Avocat au barreau
de Paris
Coordinateur du
collège des experts
de la Fédération
française de la
franchise

L'asymétrie est consubstantielle à la franchise et ne traduit pas en soi un rapport de force au détriment du franchisé. Attention à ce qu'en voulant traquer les déséquilibres significatifs dans les contrats de franchise, le remède se révèle pire que le mal que l'on prétend combattre.

Merci à vous Monsieur le Professeur Nicolas Dissaux et cher Ami de me donner l'occasion d'apporter la contradiction à ma consoeur Charlotte Bellet en ce lieu si prestigieux qu'est la grand'chambre de la Cour de Cassation.

Pour y être vous-même intervenu cher Nicolas, vous vous souvenez qu'il y a 10 ans exactement – en janvier 2012 – se tenait en ce même lieu un colloque sur le thème des questions sensibles en droit de la franchise⁽¹⁾.

Aujourd'hui, le débat se focalise sur une question sensible, celle du déséquilibre significatif en franchise. Tant il est vrai que cette notion – fort utile dans les relations professionnels/consommateurs ou fournisseurs/distributeurs dans le secteur de la grande distribution alimentaire (Monsieur le Professeur Gaël Chantepie s'étant demandé à ce sujet dans un fameux article sur le déséquilibre significatif ce que certains auteurs pouvaient « *trouver à défendre dans des pratiques qui relèvent de la plus grossière déloyauté commerciale* »⁽²⁾) – cette notion devient dans les relations franchiseurs/franchisés source de confusion et d'amalgame.

Plus pernicieusement, cette notion devient même l'instrument d'une tentative d'instauration d'un nouveau droit de la fran-

chise qui verrait naître une « *franchise équitable* », ce qui sous-entend que la franchise que nous connaissons et pratiquons depuis toujours ne le serait pas !

Gardons-nous que cette notion « *dégainée* » à tous propos et alors qu'elle n'a nullement été conçue pour la franchise, devienne demain une arme de destruction massive des réseaux !

En soi, la notion de « *déséquilibre* » et pas plus celle de « *déséquilibre significatif* » n'ont jamais fait peur aux franchiseurs. Les franchiseurs n'ont d'ailleurs pas attendu le législateur pour intégrer dans leurs contrats et leurs pratiques l'impérieuse nécessité d'instaurer et de faire perdurer dans leurs réseaux un partenariat gagnant/gagnant (pour utiliser une expression qui heurte les juristes mais fait sens sur le plan économique). Et pour ceux qui le préfèrent, parlons – selon l'heureuse expression de Monsieur le Bâtonnier Jean-Marie Leloup – de l'avantage concurrentiel que doit procurer l'adhésion à un réseau de franchise⁽³⁾.

« *Gagnant/gagnant* » ou « *avantage concurrentiel* », quels que soient les termes, l'idée de départ est bien que le succès de la franchise ne saurait reposer sur des déséquilibres qui ne seraient pas légitimes. Les annexes françaises au code de déontologie européen de la franchise – fruit de la pratique et des praticiens – l'expriment très bien : « *Le contrat () comporte l'indication des moyens nécessaires pour atteindre la ré-*

(1) « La Franchise : questions sensibles », colloque Cour de cassation 27 janvier 2012, Revue Lamy droit des affaires, juillet-août 2012

(2) G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. Com. Dalloz, v° Déséquilibre significatif, janv. 2022.

(3) J.-M. Leloup, La Franchise, Droit et pratique, Delmas, 3^e éd. 2000, p. 12.

alisation du concept de franchise. Le contrat n'impose pas aux parties intéressées de restrictions qui ne soient pas nécessaires pour atteindre les objectifs. L'équilibre du contrat est apprécié d'une façon globale en fonction de l'intérêt du réseau de franchise »⁽⁴⁾.

L'équilibre contractuel est donc loin d'être dédaigné par les franchiseurs !

Et qu'on n'attende pas de moi que je soutienne – dans une posture extrémiste voire idéologique – que les clauses qui instaurent un déséquilibre significatif dans un contrat de franchise ne seraient pas à bannir. Le problème vient de ce que cette notion peut servir d'instrument pour « détricoter » les contrats de franchise dès lors qu'elle est sollicitée et appliquée dans une approche plus théorique que pratique. Car choisir un franchiseur, c'est choisir un concept et une enseigne, alors que choisir un franchisé, c'est choisir un homme ou une femme.

Il y a là une asymétrie structurelle et structurante que cette notion de déséquilibre significatif ne saurait corriger, sauf à remettre en question la relation de franchise elle-même. *Intuitu firmæ* d'un côté, *intuitu personæ* de l'autre. Tout est dans cette distinction et nul rééquilibrage ne devrait jamais venir la gommer !

Deuxième observation préalable : en droit de la franchise et à l'inverse du droit de la consommation ou des relations fournisseurs/distributeurs, c'est bien la loyauté qui doit être prise en compte et la façon dont une clause a été mise en œuvre bien plus que la lettre même du contrat. Évitions ainsi les condamnations de principe qui nuisent à l'équilibre du système de la franchise.

À cet égard et saisi par le ministre de l'Économie du contrat Subway, le Tribunal de Commerce de Paris a statué dans son jugement du 13 octobre 2020 en partant du postulat que : « *Les effets des pratiques n'ont pas à être pris en compte ou recherchés et il importe peu que les obligations déséquilibrées aient été mises en œuvre ou utilisées dans un sens préjudiciable au cocontractant ()* »⁽⁵⁾.

Et le Tribunal de Commerce de Paris d'enfoncer le clou en ajoutant que : « *La clause doit être jugée abusive en elle-même et non parce qu'elle permettrait l'abus. En effet, l'abus peut a priori s'appliquer à toute clause de tout contrat ; ce n'est pas la possibilité d'abuser d'une clause qui est susceptible de rendre celle-ci abusive, mais son contenu en lui-même abusif* »⁽⁶⁾.

Cette approche m'apparaît blâmable alors même que les juges ont toujours eu le pouvoir – en droit de la fran-

chise – de sanctionner la déloyauté et l'abus dans la mise en œuvre d'une clause contractuelle.

C'est pour défendre la franchise autant que les franchiseurs qu'il convient de combattre cette démarche, aucune clause ne devant être jugée comme instaurant en elle-même un « déséquilibre significatif », indépendamment des circonstances dans lesquelles elle est mise en œuvre. Seulement en adoptant cette démarche pratique et non pas théorique on échappera à des décisions funestes pour la franchise.

I. – Déséquilibre significatif et conclusion du contrat de franchise tout d'abord

Voilà un premier sujet sur lequel nulle ambiguïté ne saurait être créée et entretenue.

Avant que la Cour de Cassation ne lui confère un caractère supplétif et au motif que l'article 1171 du code civil issu de la réforme du droit des obligations édicte que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* », certains avocats de franchiseurs ont prôné l'idée de donner l'illusion de négocier le contrat de franchise, de faire comme si des pourparlers avaient précédé la signature de ce contrat.

Les mêmes soutiennent encore aujourd'hui cette idée au motif que la soumission – en droit des pratiques restrictives de concurrence – est appréciée par la Cour de Cassation et la Cour d'appel de Paris en considération notamment de l'absence de négociation effective. Ainsi donc, les franchiseurs devraient se montrer prêts à négocier le contrat de franchise et ceux qui le feraient se donneraient de meilleures chances d'échapper au grief de déséquilibre significatif.

C'est selon moi une fausse bonne idée. Le juge ne devrait pas s'interroger sur le point de savoir si le candidat franchisé a négocié ou non son contrat de franchise, car le contrat de franchise est – par essence même – un contrat d'adhésion. Adhésion à un concept, adhésion à une enseigne dont le contrat de franchise traduit les spécificités et définit les règles, dans l'intérêt premier du réseau. Si le législateur avait souhaité que le contrat de franchise soit un contrat de gré à gré et non pas un contrat d'adhésion, il aurait fait obligation aux franchiseurs d'annexer dans leur document d'information précontractuelle – en guise de projet de contrat – une page blanche.

Halte dès lors aux faux semblants !

En franchise et sauf à instaurer des disparités et des discriminations déstabilisantes pour les réseaux, la règle contractuelle doit être la même pour tous. Il est d'ailleurs significatif de relever que, dans un arrêt du 18 mars 2015

(4) Code de déontologie européen de la franchise, annexes françaises, pt. 8 (les relations contractuelles).

(5) T. com. Paris, 13 oct. 2020, n° 2017005123.

(6) D. Mainguy et I. Molina, chronique Droit Economique, Distribution, 1234, pt. 9.

rendu à propos d'un réseau de distribution exclusive, la Cour d'appel de Paris a retenu l'existence d'un déséquilibre significatif à cause d'un traitement discriminatoire par le fournisseur entre plusieurs distributeurs du réseau.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a jugé que : « (...) Tous les membres d'un réseau de distribution se trouvant dans la même situation doivent être traités de manière équivalente et pouvoir ainsi affronter semblablement, dans leur zone de chalandise respective, la concurrence ; qu'en discriminant (la société distributeur X), la société (fournisseur) l'a désavantagée par rapport aux autres membres du réseau, confrontés aux réseaux concurrents »⁽⁷⁾.

On ne saurait mieux dire et les contrats de franchise ne sauraient être conclus au gré de telle ou telle exigence des candidats franchisés, car – redisons-le – choisir un franchisé, c'est choisir un concept et une enseigne.

C'est dès lors bien à tort – selon moi – que Monsieur le Professeur Nicolas Dissaux et ma consœur Charlotte Bellet soutiennent dans leur Guide de la Franchise que « la faculté de résiliation liée à une clause d'essai (instaurerait) un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »⁽⁸⁾. Ils stigmatisent ainsi cette faculté de résolution du contrat en cas d'« erreur de casting », pour reprendre leurs propres termes.

Or les juges – conscients que les franchiseurs ne sauraient être tenus pour responsables de ces erreurs de casting – ne l'ont fort heureusement pas entendu ainsi.

La chambre commerciale de la Cour de Cassation a rejeté le 21 juin 2017 le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Riom qui avait débouté un franchisé reprochant au franchiseur d'avoir mis en œuvre, neuf mois après la signature du contrat, une clause prévoyant « une période probatoire d'une durée de deux années, durant laquelle chacune des deux parties pouvait mettre un terme à (la) collaboration avec un préavis de trois mois, sans avoir à en justifier et sans aucune indemnité d'aucune sorte ». Dans son arrêt de rejet, la chambre commerciale a retenu que la résiliation n'était pas abusive, « le franchisé (s'étant) engagé en connaissance du caractère précaire de son contrat »⁽⁹⁾.

Un mot encore sur la conclusion du contrat de franchise. Autant disais-je il ne saurait y avoir véritable négociation du candidat lors de son entrée dans le réseau, autant j'admets volontiers qu'il puisse en être autrement lors du renouvellement du contrat de franchise. Attention toutefois là encore aux dérives. La DGCCRF a ainsi fait paraître en mars 2016 un communiqué dénonçant certaines « pra-

tiques commerciales dans la restauration rapide et à thème sous franchise »⁽¹⁰⁾.

À cette occasion, la DGCCRF a fait montre d'une bien curieuse approche, semblant condamner le principe même d'un droit de renouvellement du contrat de franchise. Ainsi et selon la DGCCRF, « le montant du droit de renouvellement du contrat de franchise – parfois identique au premier droit d'entrée – apparaît comme disproportionné. Il s'agit (...) d'un déséquilibre significatif de la relation commerciale avantageant le franchiseur ».

Certes, on peut admettre de ne pas refacturer le coût de la formation initiale ou celui de l'assistance au démarrage, mais le droit d'entrée lui-même se mue ici en un droit au maintien dans le réseau pour une nouvelle période contractuelle et justifie pleinement la perception d'une nouvelle redevance.

La position de la DGCCRF tourne d'ailleurs le dos à la position d'un des plus éminents spécialistes du droit de la franchise, Monsieur le Professeur Philippe Le Tourneau, qui dans son fameux ouvrage sur « les contrats de franchisage » a écrit – sans la moindre réserve – que : « La redevance d'entrée est parfois exigible à chaque renouvellement du contrat. Elle pourrait alors être qualifiée de redevance de renouvellement »⁽¹¹⁾.

II. – Le déséquilibre significatif et la circulation du contrat de franchise.

En ce lieu et en cet instant, je mesure l'audace des critiques qui vont suivre.

Tout le monde aura compris que je vais évoquer l'arrêt du 5 janvier 2022 de la 4^e chambre du Pôle 5 de la Cour d'appel de Paris. Ce fameux arrêt rendu dans le cadre de l'action initiée par le ministre de l'Économie à la suite de l'acquisition du réseau Pizza Sprint par Domino's Pizza, action à laquelle se sont joints une trentaine de franchisés.

C'est peu dire selon moi que cet arrêt – s'il venait à être approuvé par la Cour de Cassation sur la question de l'intuitu personae réciproque – constituerait un séisme dans les réseaux de franchise. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris, posant à cette occasion un véritable principe jurisprudentiel, applicable à tous les contrats de franchise, a considéré 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 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

(7) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 mars 2015, n° 12/21497.

(8) N. Dissaux et Ch. Bellet, Le Guide de la Franchise, guides Dalloz, sept. 2020, p. 66.

(9) Cass. com, 21 juin 2017, n° 16-15.365.

(10) Communiqué DGCCRF, 8 mars 2016, Pratiques commerciales dans la restauration rapide et à thème sous franchise.

(11) Ph. Le Tourneau, Les contrats de franchisage, LexisNexis Litec, 2^e éd., juin 2007, p. 270.

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 »⁽¹²⁾.

Cette formulation est très regrettable en ce qu'elle édicte un principe général et qui devrait s'appliquer en toutes circonstances⁽¹³⁾. Et le plus regrettable est que la Cour d'appel de Paris a cru utile sinon nécessaire d'ajouter que : « Ce déséquilibre significatif s'est par ailleurs vérifié dans les circonstances de l'espèce ».

Pourquoi donc la Cour d'appel de Paris ne s'est-elle pas contentée de fonder sur ce point sa décision en reprenant ce que le ministre de l'Économie 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. Car c'est, selon moi, une hérésie que de juger que créerait par principe un déséquilibre significatif la clause prévoyant que l'*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.

Commentant cet arrêt du 5 janvier 2022, 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. Une rédaction différenciée n'est pas illégitime a priori car les intérêts du franchisé et du franchiseur ne sont pas les mêmes. (...) »⁽¹⁴⁾.

Il ne faudrait surtout pas 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*⁽¹⁵⁾. Ces clauses sont en effet fort utiles et parfaitement légitimes !

Elles seules permettent d'éviter qu'à l'occasion d'une cession de réseaux, le franchiseur soit contraint de recueillir l'accord de chaque franchisé.

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 »⁽¹⁶⁾.

Loin d'y voir une position de bon sens et équitable, je tiens pour funeste et délétère cette volonté de « mettre sur un pied d'égalité » le franchiseur et les franchisés ! Ainsi et selon cette approche, 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 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 !

Si les franchiseurs insèrent dans leurs contrats des clauses d'*intuitu personae*, c'est parce qu'ils ont choisi un homme ou une femme, un franchisé personne physique qui ne saurait se substituer à sa guise n'importe quel successeur. Inversement et en cas de changement dans la personne morale du franchiseur, les équipes, le concept, le savoir-faire, rien de tout cela n'est automatiquement et systématiquement modifié !

C'est une des raisons pratiques pour lesquelles les franchiseurs insèrent dans leurs contrats des clauses selon moi parfaitement logiques et valables précisant que l'*intuitu personae* n'est pas réciproque. Liberté doit ainsi être laissée en amont aux franchiseurs de céder leurs réseaux, les juges pouvant en aval sanctionner les éventuels abus, en se plaçant sur le terrain non pas du tout du déséquilibre significatif mais sur celui de la mauvaise foi.

Souvenons-nous à cet égard de l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 8 avril 2010 rendu dans un litige né à la suite de 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 conseillers de la Cour d'appel de Dijon 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'en était pas moins tenue de respecter ses engage-

(12) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 5 janv. 2022, n° 20/0737.

(13) Th. Lambert, RLDA, n° 2022/188, n° 7630, Le déséquilibre significatif entre franchiseur et franchisé : examen de quelques critères d'appréciation ; Y. Heyraud, Dalloz Actualités 8 mars 2023, Franchise : les clauses d'*intuitu personae* pesant sur les seuls franchiseurs sont-elles en danger ?.

(14) N. Mathey, Contrats, conc., consom. n° 3, mars 2022, comm. 45 (p. 1 à 3).

(15) Ph. Grignon, chronique Droit Economique, Contrats et obligations, 1296, pt. 3.

(16) N. Dissaux et Ch. Bellet, Le Guide de la Franchise, guides Dalloz, sept. 2020, p. 433.

ments et de mettre en œuvre de bonne foi la clause dont précisément elle entend tirer parti »⁽¹⁷⁾.

C'est sur le terrain de la loyauté que la Cour d'Appel de Dijon s'est placée pour indemniser le franchisé privé de la possibilité de poursuivre sereinement son contrat de franchise et de rentabiliser ses investissements. Les franchiseurs attendent donc avec impatience sinon avec angoisse ce qu'il adviendra sur ce point du pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 janvier 2022.

Étant ici ajouté que si la Cour de Cassation estimait ne pas devoir accueillir sur ce point le pourvoi formé à l'encontre de cet arrêt, compte tenu des circonstances de l'espèce, elle pourrait à tout le moins prendre soin de préciser que ce motif était erroné en droit et surabondant, évitant ainsi d'en faire un principe jurisprudentiel.

Selon la terminologie usuelle, la Cour de Cassation « sauverait » ainsi l'arrêt d'appel. Mais elle « sauverait » aussi la franchise en soulignant que la cour a statué « *abstraction faite du motif erroné mais surabondant* » selon lequel la clause incriminée entraînerait en soi et par principe un déséquilibre significatif !

Ce serait alors la déloyauté dans la mise en œuvre de cette clause qui serait stigmatisée et non pas la clause en elle-même qui serait invalidée.

Est-il d'ailleurs permis de déceler et de pointer une contradiction entre cet arrêt du 5 janvier 2022 et l'arrêt rendu par la même 4^e chambre du Pôle 5 de la Cour d'appel de Paris le 29 juin 2022 dans un litige initié à titre individuel cette fois par un locataire gérant franchisé du réseau Pizza Sprint.

Dans cette affaire ayant conduit à cet arrêt du 29 juin 2022, le franchisé se plaignait à titre subsidiaire d'avoir été victime d'une rupture de fait abusive de son contrat de franchise (...), dès lors que « *la disparition du savoir-faire et la disparition du réseau Pizza Sprint à la suite de la reprise par le groupe Domino's Pizza auraient entraîné un bouleversement dans l'économie du contrat, de nature à fonder une action en résolution du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur* ».

La notion de déséquilibre significatif n'était certes pas invoquée dans cette espèce. Il n'en reste pas moins que la Cour d'appel était appelée à se prononcer sur cette question de l'*intuitu personae* pesant sur le franchiseur.

Or qu'a décidé la Cour d'appel dans cette affaire ?

Après avoir rappelé – ainsi qu'en a jugé la Cour de Cassation – qu'un contrat de franchise, « *conclu en considération de la personne du franchiseur ne peut être transmis*

par fusion-absorption à une société tierce qu'avec l'accord du franchisé », la Cour d'appel a jugé – aux termes d'un raisonnement que j'approuve à 100 % – que : « *Tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, il y a eu cession de la totalité des parts ou actions de la société et changement de ses dirigeants, en raison du principe d'autonomie de la personne morale, cette dernière restant inchangée, en l'absence de clause interdisant ces changements sans l'accord préalable des franchisés* »⁽¹⁸⁾.

La Cour d'appel – et elle doit là aussi être tout autant approuvée – a jouté « *qu'il n'est pas établi que les contrats de franchise en cause aient été conclus en considération de la personne du dirigeant* ». De sorte que : « *L'opération de rachat par la société Domino's Pizza France de la totalité des titres composant le capital social de la société (franchiseur du réseau Pizza Print) ne peut être imputée à faute au franchiseur* ».

N'est-il pas permis de voir là – même si c'est à quelques mois d'intervalle – comme une sorte de revirement de jurisprudence de la Cour d'appel de Paris sur cette question « brûlante » de l'*intuitu personae* ?

À moins qu'il s'agisse d'un alignement prémonitoire sur l'arrêt que la Cour de Cassation viendra à rendre sur le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt du 5 janvier 2022...

III. – Le déséquilibre significatif et la cessation du contrat de franchise

De prime abord on peut se demander où est le problème puisque la Cour de Cassation – on l'a vu – a jugé « *qu'aucun déséquilibre ne saurait, en soi, (...) résulter d'une clause post-contractuelle de non-concurrence* », dès lors que cette clause, « *d'une durée limitée (...) et ayant pour objet de protéger le savoir-faire de l'ancien franchiseur et d'éviter qu'il ne soit divulgué dans un autre réseau, est une restriction justifiée par l'objet de la franchise* »⁽¹⁹⁾.

Dans l'affaire ayant conduit à cette décision de la Cour de Cassation, l'étendue de la clause de non-concurrence post-contractuelle était de 50 kms autour du point de vente. Or et sur ce point, la loi Macron du 6 août 2015 est venue singulièrement changer la donne⁽²⁰⁾.

Souvenons-nous ici un instant du combat salvateur mené début 2015 par la Fédération Française de la Franchise (FFF) à l'encontre du fameux amendement Brottes qui prétendait notamment interdire purement et simplement les clauses de non concurrence post-contractuelle !

(18) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 juin 2022, n° 18/19812.

(19) Cass. com, 30 mai 2018, n° 17-14.303.

(20) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron » : JO 7 août 2015, p. 13537.

(17) CA Dijon, 1^{er} ch. civ., 8 avr. 2010, n° 09/00679 ; La semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 29 avr. 2010, 1412, note N. Dissaux.

La FFF – qui voyait là le danger d'une « *mort annoncée de la franchise* » – a été entendue et grâce doit lui être rendue d'avoir fait comprendre au législateur le risque de méconnaître la spécificité de la franchise et l'impérieuse nécessité de protéger les savoir-faire des franchiseurs.

Mais le combat n'est pas encore totalement gagné car si l'amendement Brottes a été sérieusement révisé dans la version finale de la loi *Macron*, l'article L. 341-2 du code de commerce qui en est issu encadre strictement le régime des clauses de non-concurrence post-contractuelle en édictant notamment – s'agissant de la limitation dans l'espace – que ces clauses ne peuvent porter que sur les seuls « *terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat (...)* ».

Cette limitation territoriale – et c'est la raison ici de mon propos – porte beaucoup plus atteinte à certains réseaux de franchise qu'à d'autres.

Car si déséquilibre significatif il y a en franchise, c'est non pas entre franchiseurs et franchisés mais entre les réseaux eux-mêmes, selon qu'il s'agit de réseaux de distribution de produits ou de services.

Combien de fois ai-je entendu des franchiseurs dans les services à la personne notamment me dire qu'il est tentant et aisé pour un franchisé ayant acquis le savoir-faire de « *voler de ses propres ailes* » en concurrençant le réseau...

La clause de non-concurrence post-contractuelle se révèle alors bien plus utile que dans des réseaux où le franchisé est « *tenu* » – pardonnez-moi l'expression – par les produits sous marque du franchiseur. Et quitte à ce qu'il sorte du réseau et que la loi ne l'interdise pas, qu'au moins le franchisé voit son interdiction de concurrence post-contractuelle s'étendre à toute la zone territoriale qui lui était concédée. Une telle clause ne créerait en rien un déséquilibre significatif, bien au contraire !

Or et de façon à mon sens incompréhensible et blâmable, une sorte d'unanimité semble s'être faite, y compris chez les avocats de franchiseurs, autour de l'idée que l'article L. 341-2 du code de commerce s'appliquerait à tous les réseaux.

Par arrêt en date du 16 février 2022, la chambre commerciale de la Cour de Cassation a tranché la question de savoir si l'article L. 341-2 du code de commerce s'appliquait ou non à tous les contrats, passée la date du 6 août 2016 qui était celle de son entrée en vigueur, en décidant – fort justement – que « *la loi nouvelle ne peut, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, inexistante en l'espèce, remettre en cause la validité d'une clause contractuelle régie par les dispositions en vigueur à la date où le contrat a été passé* »⁽²¹⁾. Fort bien, s'agissant de l'application de la loi dans le temps.

(21) Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-20.429 : Contrats, conc., consom. 2022, comm. 60, note M. Malaurie-Vignal.

Mais pourquoi donc la question n'a pas été posée dans ce litige de savoir à quel titre cet article L. 341-2 du code de commerce s'appliquerait à un réseau de stations de lavage de véhicules automobiles ?

Pourquoi a-t-on perdu de vue que cet article L. 341-2 du code de commerce ne vise que les magasins de commerce de détail ?

Et pourquoi s'aligner sans combattre sur l'analyse que l'Autorité de la Concurrence a faite en son temps, considérant que : « *Sont traditionnellement assimilées à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, (...) entretien véhicules et montage de pneus). (...)* »⁽²²⁾.

Cette position n'a pas à être adoptée en franchise alors même que l'Autorité de la Concurrence édictait ses lignes directrices en matière de contrôle de concentrations et estimait alors que cette notion de commerce de détail devait « *être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial* ».

Rien à voir avec une approche prenant en compte les spécificités des différents réseaux de franchise et la nécessité de protéger les savoir-faire de chacun d'entre eux.

La Cour d'appel de Paris a jugé le 25 janvier 2021 s'agissant d'un réseau d'agences de travail temporaire que : « *C'est par de justes motifs que la Cour adopte que le tribunal de commerce a dit inapplicables en l'espèce les dispositions de l'article L.341-2 du code de commerce issues de la loi (...) du 6 août 2015, au motif qu'une agence de travail temporaire n'est manifestement pas susceptible de rentrer dans les prévisions du législateur au titre des commerces de détail qui sont les seuls visés par ce texte* »⁽²³⁾.

Confirmant le jugement du Tribunal de commerce de Paris, la Cour d'appel de Paris a ainsi validé la clause de non-concurrence post-contractuelle qui s'étendait sur toute la zone territoriale en son temps concédée au franchisé⁽²⁴⁾.

Le pourvoi formé contre cet arrêt ayant été abandonné, la Cour de Cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question.

Fasse que le moment venu, la Cour de Cassation adopte cette distinction entre les réseaux et n'applique pas plus cet article L. 341-2 du code de commerce aux agences d'intérim qu'aux agences immobilières ou aux salons de coiffure ou aux centres de réparation rapide d'automobiles ou encore au secteur de la restauration rapide, pour prendre des exemples de franchises qui pèsent dans le paysage économique français... ■

(22) Lignes directrices 2009 de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, pt. 75.

(23) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 27 janv. 2021, n° 19/03581.

(24) La Lettre de la Distribution, févr. 2021, p. 2, note N. Eréséo.