

## FRANCHISE

## Commerce alimentaire de proximité : pas de savoir-faire justifiant une clause de non-affiliation post-contractuelle

Cour de cassation, com., 16 septembre 2014, n° 13-18.710, F-D

**Mots-clés :** FRANCHISE \* Savoir-faire \* Commerce alimentaire \* Clause de non-réaffiliation \* Marque de distributeur

**FONDEMENT :** Code de commerce, art. L. 420-1, art. L. 420-3

**Solution :** Saisie d'une affaire opposant Carrefour Proximité France à l'un de ses franchisés et à l'un de ses concurrents, la société Diapar, la Cour de cassation était notamment appelée à se prononcer sur la validité d'une clause de non-réaffiliation, applicable en cas de résiliation anticipée du contrat, interdisant au franchisé de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et à ne pas vendre de produits MDD (marque de distributeur) de ces enseignes pendant un an à compter de la date de résiliation et dans un rayon de cinq kilomètres du magasin.

Après avoir rappelé le principe selon lequel une telle clause, pour être licite, doit être justifiée par la nécessité de protéger le savoir-faire du franchiseur et proportionnée à cet objectif, la Haute juridiction vient confirmer en tous points l'analyse de la cour d'appel de Paris selon laquelle le savoir-faire du commerce alimentaire de proximité est :

« de faible technicité, spécificité et originalité » et que l'obligation de non-réaffiliation n'est donc pas indispensable à sa protection « surtout s'agissant de la seule obligation de ne pas vendre de MDD concurrentes », qui « ne peut être justifiée par la protection de l'image du réseau ».

La Cour de cassation ajoute qu'une telle clause visant à décourager les franchisés de quitter prématurément le réseau « ne peut légitimer le recours à des clauses restrictives de concurrence ».

Enfin, elle rappelle que « l'interdiction portant sur les MDD prive l'ancien franchisé de la possibilité de s'approvisionner en produits attractifs sur lesquels s'opèrent les plus grosses marges », ce qui interdit « tout exercice par l'ex-franchisé, dans des conditions économiquement acceptables, d'un commerce analogue » et qu'une « atteinte à la liberté commerciale de l'ex-franchisé, aussi lourde, est disproportionnée à l'objectif poursuivi ».

En conséquence, et sans toutefois reprendre l'analyse de la cour d'appel ayant écarté une exemption au titre du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur les accords verticaux, la clause est déclarée nulle en application des articles L. 420-1 et L. 420-3 du code de commerce.

La Cour de cassation confirme également la condamnation sur le même fondement de la clause d'approvisionnement prioritaire contenu dans le contrat.

**Observations :** Cet arrêt vient illustrer le combat que mènent les enseignes de la grande distribution alimentaire, hier sur le secteur des grandes surfaces alimentaires, aujourd'hui sur celui, en plein développement, du commerce alimentaire de proximité, au travers de leurs affiliés, qu'elles n'hésitent pas à soumettre à ce qui s'apparente parfois à un véritable assujettissement.

L'on sait, en effet, que les contrats d'affiliation à ces enseignes contiennent une série de clauses visant à s'assurer que le franchisé ne pourra que très difficilement quitter le réseau pour s'affilier à celui d'un concurrent. Ainsi, il n'est pas rare de rencontrer des contrats d'une durée très longue, voire un empilement de plusieurs contrats (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, etc.) ayant des termes différents et assortis de droits de priorité, ainsi que d'obligations de non-concurrence et de non affiliation post-contractuelles. De telles pratiques sont nécessairement de nature à freiner la mobilité des commerçants indépendants, le jeu de la concurrence sur les prestations proposées par les enseignes et, *in fine*, les bénéfices pour le consommateur.

Cette situation avait été soulignée par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 (RTD com. 2011. 527, obs. E. Claudel), dans lequel, après avoir constaté que l'affiliation à un groupe de distribution alimentaire constitue pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité, l'Autorité avait considéré que les clauses de non-réaffiliation dans ce secteur pouvaient être assimilées à des clauses de non-concurrence. En conséquence, l'Autorité recommandait aux opérateurs, au regard des dispositions du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales, de limiter ces clauses à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat. L'Autorité invitait également le législateur à intervenir sur ces sujets à défaut de modification spontanée par les opérateurs.

Faute d'adoption du projet de loi Lefebvre (doc. AN n° 3508, 1<sup>er</sup> juin 2011), qui avait précisé vocation à encadrer les contrats d'affiliation, les juridictions se tournent vers les règles du droit de la concurrence afin de limiter les atteintes à la liberté commerciale des franchisés.

Ainsi, dans le cadre d'une affaire très similaire à celle commentée, la cour d'appel de Paris a usé de la possibilité offerte par l'article L. 462-3 du code de commerce de saisir l'Autorité de la concurrence pour avis. Cette saisine a permis à l'Autorité de dresser, dans son avis n° 12-A-15 du 9 juillet 2012, un cadre détaillé de l'analyse des clauses de non-réaffiliation post-contractuelles, dont s'inspirent la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

Il semble désormais acquis qu'il sera difficile pour une enseigne de la distribution alimentaire de proximité de prouver que la protection de son savoir-faire justifie une clause de non-réaffiliation post-contractuelle, notamment si elle inclut une interdiction de vente de produits MDD. Il ne fait, par ailleurs, aucun doute que la nullité de cette clause sera soulevée par les ex-franchisés, ou l'enseigne à laquelle ces derniers se sont affiliés.

Il est à souhaiter que cet encadrement des clauses de non-réaffiliation post-contractuelles permette de restaurer la mobilité des commerçants indépendants et d'améliorer la situation concurrentielle entre les enseignes de la grande distribution alimentaire sur le marché aval, alors que

ces dernières ont récemment accentué leur concentration sur le marché amont de l'approvisionnement, via les rapprochements respectifs de Système U et Auchan d'une part et d'Intermarché et Casino d'autre part.

**Christophe Pecnard**

### À retenir

Le savoir-faire dans le commerce alimentaire de détail est de faible technicité, spécificité et originalité, et ne justifie donc pas l'application d'une clause qui porte non seulement interdiction de réaffiliation à une enseigne concurrente mais également prohibition de vente des produits MDD de ces enseignes.

## Indemnisation de la caution par le franchiseur responsable de l'insolvabilité du débiteur principal

Cour de cassation, com., 16 septembre 2014, n° 13-13.777, F-D

**Mots-clés :** FRANCHISE \* Concurrence déloyale \* Cautionnement \* Nullité \* Réticence dolosive

**FONDEMENT :** Code civil, art. 1382

**Solution :** Une société spécialisée dans la vente d'objets et de marchandises d'occasion a conclu un contrat de franchise avec une société, ainsi devenue franchisée. Le dirigeant de cette dernière s'est engagé en qualité de caution des emprunts bancaires souscrits par celle-ci. Rapidement appelée à régler les sommes dues, la caution (et le franchisé) assignent le franchiseur aux fins d'annulation du contrat de franchise. Le franchisé connaît des difficultés financières telles qu'il est mis en liquidation judiciaire. Le contrat de franchise est annulé en raison des réticences dolosives et du manquement du franchiseur à son obligation de conseil. La caution demande au franchiseur indemnisation de son préjudice, à hauteur de 315 000 euros. Son raisonnement est simple : les difficultés financières éprouvées par le franchisé résultent des réticences dolosives du franchiseur. Les sommes déboursées par la caution seraient donc dues aux fautes commises par ce dernier. La cour d'appel de Paris confirme l'annulation du contrat de franchise, mais refuse à la caution une indemnisation, estimant qu'aucun lien de causalité direct ne lie la faute du franchiseur à l'endettement de la caution et qu'aucun élément ne permet d'établir que cet endettement résulte directement des manquements du franchiseur ayant justifié l'annulation du contrat. La chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa de l'article 1382 du code civil, censure l'arrêt d'appel en ce qu'il a refusé l'indemnisation de la caution, en affirmant :

« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'arrêt retient l'existence d'un lien de causalité direct entre la faute dolosive du franchiseur et la déconfiture de la société [franchisée], et que la caution d'une obligation ne se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation que si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

**Observations :** La question qui se posait à la Cour de cassation était celle de savoir si la caution du franchisé peut obtenir indemnisation de la part du franchiseur par la faute duquel le franchisé est placé en liquidation judiciaire. Et, plus largement, il s'agissait de savoir si la caution peut obtenir d'un tiers au cautionnement indemnisation pour l'insolvabilité du débiteur principal.

La Haute juridiction répond à cette question par l'affirmative, en se référant à la définition que donne l'article 2288 du code civil du cautionnement, et à l'idée que la caution n'est qu'un débiteur subsidiaire : elle ne doit satisfaire à l'obligation du débiteur principal que si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. Dès lors, si l'insolvabilité du débiteur principal trouve sa cause dans la faute d'un tiers, la caution peut obtenir indemnisation de la part de ce dernier. Pour simple qu'elle paraisse, cette solution laisse certains doutes planer.

D'abord, la Cour de cassation se réfère expressément à la faute dolosive commise par le franchiseur. Il est donc permis de se demander si la solution eut été identique en présence d'une faute moins grave. En l'espèce, le franchiseur avait dissimulé au franchisé la présence dans la même rue d'un concurrent direct, précédemment membre de son réseau, et qui avait alors connu des difficultés. La qualification de faute dolosive ne fait aucun doute. Mais qu'en eut-il été si le franchiseur avait commis une simple faute de négligence ?