L'arrêt du 9 octobre 2007, une bombe ?

En route vers l'indemnité compensatrice de non concurrence dans les contrats de franchise : jugé que l'application de la clause de non concurrence oblige le franchiseur à régler la perte de la clientèle au franchisé.

L'arrêt qui vient d'être rendu par la cour de cassation mérite notre attention parce qu'il énonce pour la première fois en matière de contrat de franchise le principe de l'obligation d'indemniser le franchisé des conséquences de l'application de la clause de non concurrence.

Nous consacrons à cette décision inédite notre fast web review de ce mois d'octobre et nous vous livrons nos premières analyses sur le régime de cette indemnité à la charge des franchiseurs.

Nathalie Castagnon

Les faits

Dans le domaine de la téléphonie mobile, un franchisé avait conclu avec un opérateur national plusieurs contrats de franchise (six) d'une durée de deux ans renouvelables par tacite reconduction. Ces contrats ont été reconduits à plusieurs reprises, jusqu'au jour où le franchiseur, qui avait étoffé les implantations territoriales de son réseau, s'est opposé à leur renouvellement ainsi qu'il en avait la faculté contractuelle.

Or, le contrat convenu prévoyait une clause de non concurrence interdisant au franchisé l'exercice d'une activité de prestations de services identiques à celles visées au contrat, à savoir la commercialisation d'abonnements téléphoniques, et ce pendant une durée de douze mois suivant la fin du contrat.

L'activité du franchisé ainsi empêchée le conduit tout droit à la liquidation judiciaire.

Le franchisé intente une procédure et demande réparation à double titre :

- pour la rupture il sollicite réparation du préjudice que lui cause l'obligation de respecter la clause interdisant la poursuite de l'activité,

- et, revenant sur les conditions de reconduction successive des contrats de franchise, il estime que le franchiseur est fautif de ne pas l'avoir tenu informé entre deux contrats - ainsi que le commande l'article L330-3 du code de commerce - de l'évolution du réseau de distribution et du fait notamment que de nouvelles implantations avaient été effectuées à proximité des points de vente du franchisé.

Le principe d'une indemnité compensatrice : revirement de la jurisprudence

Pour suivre le chemin emprunté par les juges, il faudra nous rappeler au préalable qu'il a été reconnu et établi désormais que le franchisé est propriétaire de la clientèle attachée à son fonds de commerce.

Par un raisonnement aussi logique qu'implacable les juges retiennent que **la clause de non concurrence qui priverait l'exploitant du droit de poursuivre dans l'activité a pour effet de le "déposséder" de sa clientèle.**

Il convient donc de l'en indemniser, nous disent les sages de la cour suprême.

Et cette indemnisation que la cour reconnaît dans son principe, doit être évaluée sur la base de la **perte de la clientèle du franchisé**.

Pour ceux qui demeureraient encore incrédules, on reportera l' *Attendu* suivant :

" Attendu (...) que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction"

Il s'agit ici d'un **total revirement de la jurisprudence habituelle** de la Cour en la matière, puisqu'elle se refusait à reconnaître au franchisé tout droit à

rupture du contrat stipulant une clause de non concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction"

Il s'agit ici d'un **total revirement de la jurisprudence habituelle** de la Cour en la matière, puisqu'elle se refusait à reconnaître au franchisé tout droit à indemnité de clientèle en cas de non renouvellement de contrat.

Nous tachons de répondre aux questions qui se posent immédiatement :

- faut-il en déduire pour l'avenir un caractère automatique d'une indemnité compensatrice de non concurrence en matière de contrat de franchise ?

- quelle va être, le cas échéant, la nature de l'indemnité ?

haut de page =>

Le caractère automatique ou non d'une obligation d'indemnisation à la charge des franchiseurs

Il faut se garder de tirer de cette jurisprudence la conclusion que désormais tout franchiseur bénéficiant d'une clause de non concurrence post contractuelle s'expose à devoir régler une indemnité de clientèle à son franchisé.

Cependant, et en faveur d'un caractère automatique on relèvera dans l'attendu principal de la cour que nous venons de reproduire qu'elle adopte une formulation 'de principe' qui laisse penser à l'énoncé d'une règle généralisable : l'interdiction de non concurrence dépossède le franchisé de sa clientèle et qu'il convient par voie de conséquence de l'en indemniser.

Toujours en faveur du caractère automatique, on relèvera également le fondement légal adopté par les juges pour justifier la décision, le mystérieux article 1371 du code civil sur les 'quasi contrats' dont il faut comprendre que l'auteur d'un fait volontaire est toujours débiteur, en dehors de toute considération d'une faute.

On se gardera ici de faire l'exégèse de l'article 1371 et on retiendra que la cour semble donc estimer que l'indemnité réparatrice qui doit être mise à la charge du franchiseur ne trouve sa source ni dans une faute contractuelle, ni dans l'existence d'un préjudice du franchisé (fait générateur d'une responsabilité délictuelle), mais dans un 'quasi contrat' qui est le fait de n'avoir pas renouvelé le contrat contenant une clause de non concurrence, élément suffisant en soi à générer une indemnisation au profit du franchisé.

Cependant, le fondement retenu par les juges est fait comme pour brouiller les pistes car dans la notion de quasi contrat, et notamment celle de l'enrichissement sans cause, domine l'idée d'un redressement équitable imposé à la personne qui aura bénéficié du fait profitable : intervint nécessairement la faute ou la considération de la bonne foi de l'une ou l'autre des parties.

Justement, cette décision traitait le cas particulier du refus de renouvellement non justifié à l'initiative du franchiseur et son attitude n'a sans doute pas été sans influence sur la décision.

On peut en déduire dès lors que l'obligation d'indemniser le franchisé de la clause de non concurrence naît :

- lorsque la cessation des relations est le fait du franchiseur,

- sans être justifiée par l'attitude fautive du franchisé.

A contrario, il serait logique d'exclure de tout droit à indemnisation le franchisé interdit d'activité concurrente qui a pris l'initiative de rompre les relations sans faute imputable au franchiseur.

Pour autant, il semble que l'automaticité d'un droit à indemnité est bien créé pour les hypothèses où c'est le franchiseur qui refuse ou s'oppose au renouvellement du contrat.

Dans le prolongement et de fait, cet arrêt milite en faveur d'un droit au renouvellement du contrat pour les franchisés exempts de reproches.

Dans une telle hypothèse, le franchiseur qui entend imposer une clause de non concurrence devra s'attendre à devoir indemniser son ancien franchisé.

Pour autant, il semble que l'automaticité d'un droit à indemnité est bien créé pour les hypothèses où c'est le franchiseur qui refuse ou s'oppose au renouvellement du contrat.

Dans le prolongement et de fait, cet arrêt milite en faveur d'un droit au renouvellement du contrat pour les franchisés exempts de reproches.

Dans une telle hypothèse, le franchiseur qui entend imposer une clause de non concurrence devra s'attendre à devoir indemniser son ancien franchisé.

On incitera à l'avenir les franchiseurs à justifier les raisons qui les conduisent à ne pas renouveler un contrat à échéance, et ceci suffisamment à l'avance, les griefs formulés ne devant pas apparaître au dernier moment et de pure circonstance.

A notre avis, il pourra toujours libérer le franchisé de l'engagement de non concurrence pour se dégager d'un paiement compensateur.

Cette libération devra cependant être effective et notifiée sans équivoque au jour de la cessation du contrat, et non au jour de la demande en indemnisation du franchisé.

Or, il peut paraître délicat à un franchiseur d'écrire à son ancien franchisé qu'il est libre désormais de poursuivre l'activité et donc libre de le concurrencer... ! C'est renoncer à la protection de la franchise, ou avouer qu'on ne peut lui consacrer tel prix, ou pire que la valeur de la clientèle du franchisé dépasserait celle du savoir faire. Le franchiseur peut se trouver dans la situation alternative suivante : devoir 'racheter' son savoir faire à l'ancien franchisé, ou accepter de le laisser l'exploiter hors réseau ...

Mais cette jurisprudence sonne comme un sérieux avertissement pour l'avenir des contrats de franchise. Il conviendra que les clauses protectrices du savoir faire soient soigneusement précisées et non générales pour les rendre effectives et opposables.

Heureusement, nombre de franchiseurs ont déjà anticipé le courant jurisprudentiel, les indemnisations de ces clauses étant depuis 2002 dans l'air du temps (jurisprudence en droit du travail). Rares sont désormais les contrats qui imposent des clauses de non concurrence, beaucoup ont opté pour des clauses de non affiliation qui sont jugées moins restrictives, sauf en certains secteurs d'activité où il n'est point de salut en dehors des réseaux établis et où elles sont assimilées à des interdictions pures et simples d'activité.

haut de page =>

Quelle indemnité ?

Le franchiseur se voit obligé à réparer un préjudice qui résulte de la perte de clientèle par l'effet de la clause d'interdiction d'activité.

L'indemnité est donc de clientèle.

Pour d'autres types d'opérateurs à la distribution admis depuis longtemps à faire valoir une telle indemnité (VRP, agent commercial) il a été rappelé qu'elle devait correspondre aux fruits perdus sur la clientèle dont ils ont été privés, mais non au prix de cession de cette clientèle puisqu'elle ne leur appartient pas. Cela reste généralement évalué à deux années de commissions perdues sur les dits clients.

Il en va différemment du franchisé reconnu propriétaire de la clientèle. Rien ne s'oppose dès lors à établir l'indemnité comme équivalente au prix de cession de la clientèle concernée. Il s'agit pratiquement du prix du fonds si l'on considère que la clientèle en est l'élément essentiel mais seulement dans la mesure où toute sa clientèle serait concernée par la perte de l'enseigne. Certains pourraient également solliciter l'indemnisation de la perte du droit au bail, autre élément essentiel du fonds dont il peut être déchu si la poursuite d'aucune autre activité n'est possible en rapport avec son local, son emplacement, ou son bail commercial.

Quitte à devoir en régler le prix, le franchiseur peut avoir intérêt à préempter sur le rachat du fonds du franchisé ainsi que certains le prévoient dans leur contrat.

Si la clause n'a que des effets limités sur une partie des clients, la réparation ne saurait en revanche permettre une telle indemnité globale que rien ne justifie. Dans certaines hypothèses, l'indemnité de clientèle peut n'être que très marginale et d'un montant symbolique, notamment s'il est établi que le franchisé a retrouvé une pleine activité distincte et retrouvé rapidement une clientèle comparable à l'antérieur.

En toute hypothèse, l'indemnité devra être fixée au cas par cas et il serait surprenant que la jurisprudence, et encore moins la loi, ne vienne fixer un mode

ne saurait en revanche permettre une telle indemnité globale que rien ne justifie. Dans certaines hypothèses, l'indemnité de clientèle peut n'être que très marginale et d'un montant symbolique, notamment s'il est établi que le franchisé a retrouvé une pleine activité distincte et retrouvé rapidement une clientèle comparable à l'antérieur.

En toute hypothèse, l'indemnité devra être fixée au cas par cas et il serait surprenant que la jurisprudence, et encore moins la loi, ne vienne fixer un mode d'évaluation. Cela restera probablement le jeu des parties, du demandeur ayant à établir son préjudice, ainsi que l'œuvre des experts nommés à cette fin.

haut de page =>