La poursuite de l'activité du commerçant à l'issue du contrat de franchise : interdiction de concurrence et savoir-faire (2ème partie)

Les restrictions à la poursuite d'activité du commerçant à l'issue du contrat de franchise, qu'elles soient clauses de non concurrence ou de non affiliation à une enseigne concurrente, doivent être fondées sur l'existence d'un savoir-faire et la nécessité impérative de le protéger d'une exploitation post contractuelle.
En vertu de ce critère de nécessité, la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation a rappelé que ces clauses ne se trouvent pas légitimées par la seule transmission effective d'un savoir-faire au franchisé. Il faut encore pouvoir justifier que ce savoir-faire recèle des applications spécifiques, inédites et originales, qui seraient reproductibles par le franchisé sans qu'il soit possible de les protéger autrement que par une interdiction relative à sa poursuite d'activité.
Or, on fera observer que dans une majorité de franchises, le savoir-faire du franchiseur ne justifie pas que soit imposée une telle clause à l'issue de la relation.
Au-delà des critères classiques de la notion de savoir-faire (connaissances non brevetables, identifiées, originales et transmissibles), on identifie sur le terrain les situations suivantes :
- le savoir-faire résulte de règles de l'art propres à la réglementation du métier considéré (on citera l'exemple des professions règlementée telles que les agents immobiliers). Le savoir-faire fondé sur ces connaissances appartient donc au domaine public et ne justifie pas une interdiction d'activité qui apparaît disproportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur.
- le savoir-faire du franchiseur repose sur un système (organisation du réseau par la mise en commun d'outils opérationnels tels que services logistiques, échanges d'informations, applications logicielles, intranet, …) qui n'est pas à proprement parlé 'transmis' au franchisé, mais en réalité et seulement mis à sa disposition pendant la durée du contrat. La protection de ce savoir-faire à l'échéance s'effectue donc naturellement par la suspension des services. Il n'existe donc pas de risque de 'captation' ou de 'détournement' de savoir-faire, et la clause de non concurrence se trouve par conséquent privée de fondement légitime.
- s'agissant enfin d'un savoir-faire lié au concept, c'est-à-dire pour l'essentiel les normes d'identification visuelle et d'agencement du local, on relèvera que les contrats font habituellement interdiction de les utiliser après la cessation des relations, de sorte qu'ici encore, il n'est nul besoin pour protéger ce savoir-faire lié aux normes d'aller jusqu'à interdire ou restreindre l'activité post contractuelle du franchisé, d'autant que le droit de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale suffit à faire interdire ou sanctionner un usage illicite par l'ex-franchisé.
Dans ces trois cas de figure, qui recoupent l'écrasante majorité des savoir-faire en franchise toutes enseignes et tous secteurs confondus, il est permis de penser que le franchiseur n'est pas légitime à imposer une interdiction d'activité post contractuelle qui n'apparaît ni indispensable, ni proportionnée.
Deux arrêts(1) rendus au sujet des clauses de non affiliation par la Cour de cassation confirment la tendance vers plus de sévérité dans l'appréciation du critère de nécessité : dans ces deux affaires, le franchiseur est débouté des poursuites engagées contre un ex franchisé ayant rallié un réseau concurrent au mépris d'une clause de non affiliation.
Il ressort de ces décisions que :
- le contrôle de validité ne se situe pas dans l'affirmation d'un savoir-faire, ni dans son transfert effectif au bénéfice du franchisé. La clause doit trouver sa juste raison dans la prévention de dommages liés à un usage post contractuel du savoir-faire, dommages qu'il faut donc caractériser au plan factuel.
- le ralliement à un réseau concurrent ne constitue pas en soi une atteinte ni un risque de dommage suffisamment caractérisé.
- le fait que la clause ménage une possibilité de poursuite d'activité sans enseigne concurrente ne confère pas davantage à l'interdiction un caractère proportionné, fut-elle limitée dans l'espace et le temps. Autrement dit, la protection du réseau à l'égard d'un concurrent ne constitue pas une prérogative légitime ou suffisante d'un franchiseur pour instaurer une interdiction de non affiliation.
En fait, et pour tenir la route, la clause de non concurrence devrait être hyper spécialisée, viser au plan concret les applications opérationnelles que le franchiseur

dommage suffisamment caractérisé.
- le fait que la clause ménage une possibilité de poursuite d'activité sans enseigne concurrente ne confère pas davantage à l'interdiction un caractère proportionné, fut-elle limitée dans l'espace et le temps. Autrement dit, la protection du réseau à l'égard d'un concurrent ne constitue pas une prérogative légitime ou suffisante d'un franchiseur pour instaurer une interdiction de non affiliation.

En fait, et pour tenir la route, la clause de non concurrence devrait être hyper spécialisée, viser au plan concret les applications opérationnelles que le franchiseur revendique et qu'il souhaite voir protéger d'un réemploi illicite. Or, dans bien des domaines d'activité exploités en réseau de franchise, la démonstration risque de s'avérer laborieuse et peu convaincante, soit parce que les applications sont dans le domaine public, soit parce qu'elles sont liées à une organisation mise au service du franchisé qu'il ne peut reproduire ni exploiter hors réseau.

Les franchiseurs n'entreront pas dans ce type de justification. En réalité, ce qu'ils veulent, c'est maintenir dans le réseau le fonds de commerce créé sous l'enseigne, vu comme une sorte d'actif patrimonial du réseau.

Face à la fragilisation des clauses de non concurrence, les franchiseurs, soucieux d'efficacité plus que de clauses de style, ont paré depuis longtemps aux risques d'évasion du réseau en généralisant d'autres dispositifs contractuels visant à maintenir le fonds, si ce n'est l'exploitant, sous leur enseigne: il s'agit des clauses de préemption ou de préférence qui font obligation à l'ex-franchisé de céder son fonds au franchiseur par préférence à tout tiers. Ces dispositifs se voient renforcés maintenant par de véritables promesses de vente souscrites ab initio lors de la signature du contrat de franchise. Ces engagements de vente constituent assurément une protection efficace pour les enseignes, ainsi qu'une barrière autrement plus restrictive au droit du franchisé de disposer librement du fonds à l'issue du contrat. L'avenir nous dira quel sort les juges réserveront aux contentieux qui se noueront autour de tels engagements dont l'effet pourrait être de renforcer le cloisonnement du marché entre les mains des enseignes les plus puissantes.

Me Nathalie CASTAGNON avocat au Barreau de Bordeaux

1- Cour de cassation 18 décembre 2007, n° 05-21.441, CASINO c/ SEINOR ; Cour de cassation 10 janvier 2008, n°07-13.558, BV D c/BURO OUEST

Imprimer Poster Partager

© Les Echos Judiciaires Girondins - Journal N° 5527 du 26/12/2008. Tout droit réservé.