

# Points du vue pratiques

contracté ; qu'il en va ainsi lorsque le franchiseur viole l'obligation précontractuelle d'information que l'article L. 330-3 du code de commerce fait peser sur lui, en ne fournissant pas au franchisé les informations essentielles permettant une présentation sincère et complète du réseau de franchise, dès lors que ces informations ont été déterminantes de la volonté du franchisé d'adhérer à ce dernier ». En l'espèce, l'omission d'informations, dans le DIP remis, a-t-elle ou non participé d'une intention de la société ADA de dissimuler à la société Brival des éléments qui, si cette dernière les avait connus, auraient été de nature à l'empêcher de contracter ?

**Solution.** La chambre commerciale de la Cour de cassation a accueilli ce moyen.

Après avoir rappelé les termes des articles 1116 du Code civil (devenu 1137) et L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce, elle a souligné que « pour rejeter la demande de nullité du contrat de franchise formée par la société Brival, au titre du dol, l'arrêt retient, s'agissant des informations légalement requises, qu'aucune information n'a été donnée par la société ADA, d'abord, sur le nombre d'entreprises qui ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du DIP, de sorte que l'attention de la société Brival n'a pas été attirée sur un élément essentiel de l'expérience du franchiseur sur l'année la plus récente, qui lui aurait permis de s'interroger utilement sur la vitalité du réseau et, en l'espèce, sur les causes de sa diminution, ensuite, sur le mode d'exploitation des entreprises du réseau dont la liste était donnée, ce qui n'a pas permis à la société Brival de s'interroger sur l'expérience de la société ADA propre aux agences exploitées, de fait, de manière non indépendante et dont certaines ont été fermées en 2013, puis sur la réorganisation du groupe exploitant l'enseigne après 2009, date de fin de l'historique fourni, correspondant à une entrée en crise du secteur, et, enfin, sur les deux derniers exercices. Il ajoute que la société ADA a, en revanche, communiqué un prévisionnel exagérément optimiste. Il en déduit que la société Brival ne prouve pas qu'elle n'aurait pas conclu le contrat de franchise si elle avait reçu l'ensemble des informations prévues par la loi, ni que la remise du prévisionnel litigieux caractérise le dol ».

Sans se prononcer sur ledit prévisionnel, la Cour censure l'arrêt d'appel pour ne pas avoir tiré les conséquences légales qui s'évinçaient des constatations qu'il avait pourtant opérées : « en statuant ainsi, après avoir retenu que l'omission des informations relevées participait d'une intention de la société ADA de dissimuler à la société Brival des éléments manifestant la gravité des risques d'échec de l'ouverture d'une agence, ce dont il se déduisait que ces informations, si la société Brival les avait connues, étaient de nature à l'empêcher de contracter, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ».

En conséquence, la Cour a cassé et annulé l'arrêt critiqué et renvoyé l'affaire et les parties devant la même Cour de Paris autrement composée.

## S. Destours

CA Paris, 17 mai 2022, n° 20/05576

### L'impossible recours en annulation de l'article 1492, 5° du Code de procédure civile

**Faits.** Mr. et Mme Z, adhérent au groupement des Mousquetaires aux fins d'exploiter deux points de vente l'un sous l'enseigne « Intermarché » et l'autre sous l'enseigne « Netto », notifient la résiliation des contrats d'adhésion et d'enseigne à l'échéance convenue du 3 janvier 2015. A compter de cette date, les deux magasins passent sous l'enseigne « Leclerc ». Le groupement réclame alors aux anciens exploitants le paiement d'un droit d'entrée différé payable au jour de la cessation du contrat ainsi que des dommages et intérêts en réparation de la violation de l'obligation de non-réaffiliation. Le litige est porté devant un tribunal arbitral en application de la clause compromissoire contenue dans les contrats.

**Problème.** Suite à leur condamnation, Mr et Mme Z. saisissent la cour d'appel de Paris d'un recours en annulation de la sentence arbitrale rendue fondé sur la violation de l'ordre public, au sens de l'article 1492, 5° C. proc. civ. Ils soutiennent que la sentence qui a donné effet d'une part, à l'article 10 du contrat d'enseigne prévoyant un droit d'entrée différé et, d'autre part, à l'article 16 du contrat de franchise prévoyant une clause de non-concurrence post-contractuelle, heurte les exigences d'ordre public. Au soutien de leur argumentation, les requérants concluent à la nullité de la clause de paiement d'un droit d'entrée différé en raison de son caractère anticoncurrentiel au regard de l'article L.420-1 C. com. Ils estiment, en outre, que l'article 10 est nul, en application des articles R.330-1 et 3 C. com., dès lors que le droit d'entrée n'était ni connu, ni chiffré lors de la signature du contrat, mais également non écrit en application de l'article L.442-6, I, 1° C. com. car ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu. Les requérants plaident

également la nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle en se référant à un avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 qui a considéré comme non indispensable à la protection du savoir-faire, les clauses de non-concurrence post-contractuelles ainsi qu'aux dispositions de l'article L.341-2 C. com. dont les conditions n'auraient pas été respectées.

Les intimés répliquent que les arbitres ont répondu par des motifs circonstanciés aux moyens que les requérants réitérent devant la Cour ce qui exclut que la solution arbitrale constitue une violation effective et concrète de l'ordre public. En ignorant les motifs par lesquels la décision arbitrale a rejeté leur argumentation, il est fait reproche aux requérants de demander, en réalité, à la Cour de réviser le raisonnement des arbitres, alors que le recours en annulation a pour seul objet le contrôle de la légalité de la sentence. L'arrêt sous commentaire soulève donc la question de l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1492, 5° C. proc. civ.

**Solution.** Après un rappel des principes régissant cette procédure spécifique « Le constat que l'arbitre a violé une règle d'ordre public ne peut être retenu par le juge de l'annulation que si la solution qui en résulte heurte l'ordre public. Le juge de l'annulation n'a pas le pouvoir de contrôler le contenu de la motivation de la sentence, ni de procéder à sa révision au fond. », la Cour juge que la sentence attaquée n'est pas contraire à l'ordre public :

- Concernant le droit d'entrée différé : « En reprenant les moyens déjà développés devant les arbitres, auxquels ces derniers ont répondu par des motifs circonstanciés, les recourants demandent à la Cour de vérifier la pertinence du raisonnement juridique par lequel les arbitres se sont prononcés sur la question dont ils étaient saisis relative à la licéité de l'article 10 des contrats d'enseigne et ce faisant, d'exercer un contrôle au fond de la sentence qui échappe au juge de l'annulation. Les recourants ne démontrent pas en quoi les condamnations relatives au droit d'entrée différé intervenues après la rupture des contrats, qui ont été réduites en équité par les arbitres, heurteraient l'ordre public. »

- Concernant l'obligation de non-réaffiliation : « Dès lors en invoquant à nouveau devant la Cour l'illicéité de cette clause sur la base de moyens déjà développés devant les arbitres auxquels ces derniers ont répondu par une analyse in concreto des conditions de validité de celle-ci, invitent encore la Cour à vérifier la pertinence du raisonnement juridique par lequel les arbitres ont statué sur la question qui leur était posée et ce faisant, demandent à la Cour d'exercer un contrôle au fond de la sentence qui échappe au juge de l'annulation. »

**Analyse.** Cette décision illustre la conception minimaliste du contrôle de légalité relevant des dispositions de l'article 1492, 5° précité. Dans ce cadre, le juge n'a pas le pouvoir de vérifier si les clauses litigieuses violent ou non le droit de la concurrence. Son contrôle se limite à la conformité du dispositif de la sentence à l'ordre public concurrentiel. La Cour doit donc s'interdire de vérifier la pertinence du raisonnement suivi par les arbitres. Ainsi, à supposer que le tribunal arbitral conclut à la validité de clause contractuelle et la non-application de la règle d'ordre public, sur la base d'un raisonnement erroné, la Cour n'est pas habilitée à réviser cette erreur d'interprétation. Pour le demandeur à l'action, il ne s'agit donc pas de reproduire les moyens juridiques déjà soulevés devant le tribunal arbitral, mais de parvenir à démontrer en quoi la sentence, notamment les condamnations prononcées, constitue une violation de la règle d'ordre public jugée applicable par les arbitres. Il faut admettre, qu'en pratique, ces exigences réduisent à peau de chagrin les hypothèses dans lesquelles un tel recours aura des chances de prospérer.

N. Lefevre-Roumanos

CA Paris, 9 juin 2022, n° 20/16288

### PAC : proportionnalité de la sanction et dommage à l'économie

**Faits.** L'affaire traite de la pratique des accords exclusifs d'importation dans les territoires ultra marins, prohibés par l'article L. 420-2-1 C. com. issu de la Loi « Lurel » du 20 novembre 2012. La Cour d'appel statua sur recours du grossiste-importateur sur la Martinique d'un Champagne à la marque bien connue, contre une décision de l'ADLC ayant sanctionné la pratique précitée (déc. n° 20-D-16 du 29 octobre 2020). En synthèse, la Cour confirme la décision de l'Autorité, notamment au plan de l'appréciation de la gravité des pratiques, mais la réforme en ce qui concerne celle de l'importance du dommage à l'économie. L'amende de 421.000 euros infligée au distributeur est ramenée à 300.000 euros. Au-delà des circonstances spécifiques de cette affaire concernant l'application d'une réglementation spécifique à l'outre-mer, l'arrêt rapporté invite à formuler quelques observations.

# Points du vue pratiques

**Problème.** Il est d'abord celui, principal, de la prise en compte toute relative de l'importance du dommage à l'économie, deuxième critère légal dans la liste de ceux énoncés dans l'article L. 464-2 I C. com. dans sa version alors applicable, et de la traduction de la nuance sur le montant de l'amende. C'est ensuite celui, incident et non traité dans l'arrêt, de la portée de cette solution, alors que le nouvel article L. 464-2 I ne vise plus expressément le critère précité, notamment aux côtés de celui de la gravité, pour l'appréciation de la proportionnalité de la sanction pécuniaire. Est-ce à dire que cette approche de la sanction sous l'angle de l'importance du dommage à l'économie, n'aurait qu'un intérêt historique ?

**Solution.** Sur la nuance apportée par la Cour quant à l'importance du dommage à l'économie et après l'énoncé de la solution générale (pts 201 et 202), il est jugé que : « 203. Reste que si la concurrence est atténuée en général à la Martinique, il apparaît en l'espèce qu'il existe une forte concurrence inter-marques dans le cas des champagnes, ainsi qu'une importante pratique de promotions, le champagne étant dans ce cas un produit d'appel, ce que l'Autorité reconnaît (décision attaquée, § 161 à 164). 204. Il en résulte que dans le cas des champagnes, il n'est pas possible de conclure à l'absence de pression concurrentielle, nonobstant l'absence de concurrence intra-marque à la Martinique. 205. Il convient de conclure que le dommage à l'économie, certain dans son principe, demeure très limité, et non seulement limité comme l'a retenu l'Autorité, ce qui justifie de réformer la sanction infligée afin d'en préserver la proportionnalité ». Comme évoqué ci-dessus, cette solution invite à s'interroger sur la prise en compte de l'importance du dommage à l'économie - on le voit ici de première importance pour l'ajustement de la sanction - dans les affaires en cours et à venir, notamment sur le fondement du nouvel article L. 464-2 I.

**Observations.** Le caractère, « très limité » plutôt que « limité » du dommage à l'économie affecte le niveau de la sanction. Cela s'impose puisque l'article L. 464-2 I d'alors évoque la proportionnalité de la sanction, que la Cour a voulu « préserver ». Les conséquences en sont tirées par la Cour d'appel au niveau du montant de l'amende. Nous n'en dirons pas davantage, sauf à signaler les déterminants de l'espèce, tels ceux de la nature de « produit d'appel » du Champagne et de la « forte concurrence inter-marques », qui ont amené la Cour à une approche plus modérée de la sanction.

Reste le problème de deuxième rang mais essentiel en pratique : la prise en compte de l'importance du dommage de l'économie reste-t-elle pertinente, en dépit de la lettre du nouvel article L. 464-2 I qui n'en fait plus état, tel que modifié à l'occasion de l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 (relative à la transposition de la directive « ECN+ » (UE) 2019/1) ? Ce décrochage – à tout le moins formel au plan du texte – entre proportionnalité de la sanction et importance du dommage à l'économie n'était pas passé inaperçu aux yeux des observateurs (cf. Obs. du Medef sur la consultation publique de la DGGCRF, février 2021, page 5 ; Obs. de l'APDC du 5 février 2021 sur la Consultation publique sur la transposition de la Directive UE n° 2019/1 – ECN+, pts 24 à 26), qui ont pu se questionner dans la perspective de la suppression formelle du critère. Le contenu du Rapport au Président de la République sur l'ordonnance précitée est ensuite opportunément venu indiquer que « S'agissant des critères de détermination de la sanction : (...) Le critère de l'importance du dommage à l'économie présent dans le droit positif n'est ni exigé, ni interdit par la directive ; afin de lever toute ambigüité à l'égard de la notion de réparation d'un dommage subi par une victime d'une pratique anticoncurrentielle, l'ordonnance procède à sa suppression ; », expliquant ainsi les raisons de l'évolution du texte de l'article L. 464-2 I qui n'ont donc pas été de proscrire la prise en compte de l'importance du dommage à l'économie (cf. pt 4° du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-649). La disparition de l'énoncé du critère en soi n'emporte donc pas son bannissement. D'où l'appréciable précision de Madame de Silva, alors Présidente de l'Autorité, pour qui la référence au dommage à l'économie « a vocation à être intégrée, comme c'est le cas au niveau européen, dans celle de gravité » (Une réforme en deux volets pour rationaliser et renforcer l'application du droit de la concurrence en France, Rev. Concurrences, 1-2021, point 76). La notion, approchée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire ici rapportée, doit donc encore relever de la grille d'appréciation de la proportionnalité de la sanction et non – bien évidemment en cette matière – se voir reléguée dans un manuel d'histoire du « *sentencing* » en droit de la concurrence.

J-M. Vertut

CA Douai, 2<sup>ème</sup> Ch., Section 1, 9 juin 2022, n° 21/04131

**Quels droits du franchiseur sur les fichiers clientèle en fin de contrat ?**

**Faits.** A la suite d'une restructuration de son réseau, impliquant notamment le passage d'un système de franchise à celui de

commission-affiliation, une enseigne de prêt-à-porter masculin a résilié les contrats de ceux de ses franchiseurs qui n'acceptaient pas le changement. Outre plusieurs procédures pendantes pour des motifs variés, l'objet du présent litige opposant ces franchiseurs à l'enseigne est le fichier de clientèle. Lesdits franchiseurs saisissaient la juridiction de référés aux fins d'une part de se voir remettre une copie des fichiers clients, d'autre part de voir interdire à la tête de réseau l'utilisation desdits fichiers.

**Problème.** Outre la question de la remise de l'extraction des fichiers, la Cour traite du droit d'exploitation des fichiers par la tête de réseau après la fin du contrat. Elle s'attache pour cela aux clauses du contrat, constituant l'accord des parties, ce qui limite sans doute la portée de la décision en la matière, s'agissant en outre d'une décision de référés, quant aux principes généraux devant régir cette importante question du sort des fichiers clientèle dans les réseaux de distribution.

**Discussion. Concernant la remise des fichiers clients aux sociétés franchisees,** la Cour relève que ceux-ci ont bien été remis par la tête de réseau aux franchiseurs avant l'audience, remise de clef USB attestée par différents constats d'huissier. Pour autant, les franchiseurs soutiennent que les fichiers qui leur ont été adressés sont incomplets et que le nombre de clients qui y sont référencés ne correspond pas à celui facturés au titre de la gestion de la base de données. La Cour semble refuser d'entrer dans ce débat : « Il n'appartient pas à la cour investie des mêmes pouvoirs que le juge des référés, juge de l'évidence, d'apprécier le contenu des fichiers transmis alors que les intimés n'ont eux-mêmes procédé à aucune analyse en ce sens, se contentant de procéder par simples affirmations en indiquant que la demande de restitution est toujours d'actualité sans caractériser les éléments qui seraient manquants ». Malgré ce, elle relève que le franchiseur n'est pas contredit dans ses explications des écarts très faibles entre la facturation des franchiseurs et le nombre de lignes figurant dans les fichiers transmis. Elle conclut que « dès lors que le trouble s'apprécie au jour où le premier juge a rendu sa décision, l'ordonnance doit être confirmée sauf à constater néanmoins qu'à ce jour la société (le franchiseur) a restitué aux sociétés intimées l'intégralité des fichiers clients en cause ».

**Concernant l'utilisation des fichiers clients,** la Cour retient les dispositions du contrat, notamment : « - le franchiseur assure la gestion active du fichier-client. Pour ce faire, il dispose du droit d'usage et de jouissance de ce fichier, ce que lui concède le franchiseur, qui en conserve la pleine propriété, - le franchiseur étant propriétaire de son fichier-client, il en assure les frais de constitution » et relève que le contrat comporte par ailleurs au profit du franchiseur un droit de préemption sur la cession du fichier client.

La Cour s'en tient donc aux dispositions du contrat qu'elle estime claires et n'entre pas dans le débat de la qualification de base de données du fichier, dans les investissements réalisés par le franchiseur en lien avec ce fichier, de la clause de non-concurrence ou de la conformité à la réglementation RGPD. Effectivement la clause donne clairement la propriété du fichier aux franchiseurs, ce dont la Cour déduit l'exclusivité d'usage par les franchiseurs propriétaires en fin de contrat, l'usage en cours de contrat étant réglementé par la clause. Elle confirme donc l'ordonnance en ce qu'elle a fait interdiction au franchiseur d'utiliser les fichiers clients appartenant aux sociétés franchisees et toutes données les constituant, à compter de la date de fin des contrats de franchise, y compris en ses dispositions relatives à l'astreinte.

Le caractère de référé de la décision et la simplicité de son raisonnement basé sur le droit de propriété ici reconnu par la clause ne permettent pas selon nous d'élaborer une conclusion allant au-delà de cette affaire. Le fichier clients est aujourd'hui un enjeu majeur dans les réseaux. La clientèle est celle qui passe devant la boutique ; c'est aussi, et de plus en plus, celle que l'on va chercher et amener vers la boutique ou vers le site internet puis fidéliser. L'attraction que constitue la marque, la multiplicité des canaux de vente pour un même produit, la richesse des outils marketing d'attraction et de fidélisation des clients, les investissements conséquents en compétence et finance mis en œuvre pour cela, les fonctions différentes exercées par la tête de réseau et les distributeurs, tout cela pourrait certes réanimer le débat sur la question de la titularité de la clientèle entre la tête et les membres du réseau et celle du fichier qui est à la fois la matérialisation et le support de cette clientèle. Cependant, compte tenu de l'enjeu, les clauses sont désormais plus travaillées et assez claires. Elles règlementent de manière assez précise les droits et obligations des parties sur le fichier client, pendant et après le contrat, droits d'utilisation et droit de disposition, ainsi que les responsabilités qui en découlent. Certaines tentent une qualification de la propriété, unique ou en indivision. Finalement, sous réserve de leur équilibre et de leur cohérence entre propriété de fichier et propriété de clientèle, elles ne devraient pas appeler de discussions. Restent les situations dans lesquelles il n'existe pas de clause ou pas de clause claire, qui appelleront alors discussion sur propriété de la clientèle et propriété du fichier, l'une entraînant l'autre