

**C. com., art. L. 341-2 (version à venir au 6 août 2016) :**

(L. n° 2015-990, art. 31) « I.- Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

II. - Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.

II. - Le I s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi.

III. - Dans un délai de 4 mois à compter de la promulgation de la présente loi, le gouvernement remet au Parlement un rapport dans lequel il présente des mesures concrètes visant à renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseignes afin d'augmenter le pouvoir d'achat des Français, de diversifier l'offre pour le consommateur dans les zones de chalandise tout en permettant au commerçant de faire jouer la concurrence entre enseignes, notamment au niveau des services que celles-ci proposent ».

**Point de vue sur...**

**Franchise : « certaines clauses, restreignant la liberté des distributeurs, seront peut-être insérées dans le contrat de société »**

Jean-Baptiste Gouache, avocat associé  
Martine Béhar Touchais, professeur agrégé, of counsel  
Cabinet Gouache avocats

La « loi Macron » impose qu'une échéance commune soit appliquée à l'ensemble des contrats conclus entre un commerçant indépendant et son réseau, dans le cas où ces contrats contiennent des clauses qui limitent la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale. Existe-t-il des moyens pour échapper à cette nouvelle obligation qui entrera en vigueur en août 2016 ?

Au-delà des exceptions expressément prévues par le texte (article L. 341-1 du code de commerce), une analyse précise du dispositif délivre d'autres pistes. Elles nous sont révélées par Martine Béhar Touchais - professeur de droit à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, ancien membre du collège du Conseil de la concurrence, of counsel au sein du cabinet Gouache avocats -, et Jean-Baptiste Gouache - avocat associé chez Gouache avocats -, tous deux spécialistes en la matière.

**Toute forme de réseau de distribution entre-t-elle dans le champ d'application de la « loi Macron » ?**

**M. Béhar Touchais :** Tout d'abord, il y a une incertitude dans le texte : il est possible que seuls soient concernés ceux qui exploitent sous enseigne commune. Mais le texte n'est absolument pas clair à cet égard. Ensuite, certains auteurs considèrent que les réseaux de distribution sélective ne sont pas concernés par le texte, car les contrats de ces réseaux sont dépourvus de clauses restrictives quant à la liberté du distributeur. Une telle interprétation me laisse sceptique. Dans ces réseaux, des clauses d'étanchéité sont prévues qui interdisent à des distributeurs de vendre hors réseaux. Une interprétation large du texte par la Cour de cassation pourrait, en tous les cas, conduire à inclure la distribution sélective. Il ne faut pas être péremptoire mais prudent.

**J.-B. Gouache :** Cependant, ce n'est pas dans les réseaux de distribution sélective que l'on se trouve face à des ensembles contractuels. La loi prévoit aussi des exceptions en faveur des magasins collectifs de commerçants indépendants, des sociétés de cautions mutuelles, et des contrats de sociétés civile, commerciale ou coopérative. On peut alors imaginer que la tête de réseau insère les clauses restrictives dans un contrat de société signé avec le distributeur indépendant, en plus d'un contrat d'enseigne ou d'approvisionnement. Cela permettrait de les exclure de l'exigence d'échéance commune. Ainsi, dans le secteur de la distribution alimentaire : les têtes de réseaux demandent parfois d'adhérer à une coopérative qui implique, en outre, la signature d'un règlement intérieur ; elles font signer à la personne physique une charte d'adhésion, en plus d'un contrat d'enseigne, permettant la jouissance du panonceau du réseau, et d'un contrat d'approvisionnement. On arrive alors à un ensemble contractuel complexe.

Une difficulté s'ajoute si un contrat de bail est signé entre la tête de réseau, propriétaire des locaux, et le distributeur qui est preneur au bail. Le réseau Intermarché, par exemple, a une entité foncière qui consent des baux à certains de ses adhérents. Et ces contrats sont, eux aussi, exclus de l'échéance commune, selon le texte de la loi.

**Est-ce à dire qu'il y a des moyens pour que tous les contrats soient exclus de l'échéance commune ?**

**J.-B. Gouache :** Pour prendre l'exemple d'Intermarché, le bail est exclu, les contrats de société également ; en revanche, le contrat d'enseigne et d'approvisionnement eux devront avoir une échéance commune.

M. Béhar Touchais : Mais certaines clauses, restreignant la liberté des distributeurs, auront peut-être été insérées dans le contrat de société...

**J.-B. Gouache** : En effet, la stratégie contractuelle pourrait être que les clauses qui restreignent la liberté du distributeur de se réinstaller à la fin du contrat, soient introduites dans les contrats qui se situent hors du champ d'application de la loi, ces contrats échappant ainsi au nouveau principe de l'échéance commune, et aux nouvelles exigences légales affectant les clauses restrictives. Donc dans le contrat de société et évidemment en finesse. Il faut trouver une justification à leur insertion dans ce type de contrat. Et faire attention à ce que ces clauses ne puissent être considérées comme anti-concurrentielles, avec le risque, dans ce cas, de tomber sous le coup des règles nationales et/ou européennes de la concurrence.

**M. Béhar Touchais** : Il faudra prouver que ces clauses n'ont pas été insérées dans le contrat de société pour contourner la loi, mais aussi pour d'autres raisons. Dans le cas contraire, le juge pourrait être tenté de retenir une fraude à la loi. Un second risque existe à moyen terme : celui que la loi soit modifiée par le législateur dans une future réforme si le gouvernement constatait trop de contournements.

**Pourrait-on également penser à une réorganisation du réseau pour éviter de tomber sous le coup de la loi ?**

**M. Béhar Touchais** : Le texte est mal rédigé. L'intention du législateur était sans doute de viser des contrats entre des parties différentes dès lors qu'ils constituaient un même ensemble contractuel. Or, le texte s'applique bien à un ensemble de contrats mais uniquement lorsqu'ils sont conclus entre deux personnes : le franchisé et la tête de réseau. La lettre du texte ne permet pas d'y inclure les contrats qui ne seraient pas conclus entre les mêmes personnes.

Pour échapper à l'exigence légale d'échéance commune, ceci implique qu'il suffirait de créer une personne morale (une filiale) qui conclurait l'un des contrats : le contrat de franchise et le contrat d'approvisionnement seraient tous deux conclus avec le franchisé mais avec deux personnes morales distinctes, par exemple. Tout cela sous réserve d'une analyse prétorienne de la Cour de cassation qui pourrait corriger cette mauvaise rédaction de la loi, pour en étendre la portée.

**J.-B. Gouache** : Et toujours sous réserve de l'application de la théorie de la fraude à la loi. Il faudra avancer des justifications organisationnelles ou économiques qui expliqueront cette pluralité de contractants.

**D'autres exclusions peuvent-elles découler de la lecture du texte, notamment en s'intéressant à la définition de ce qu'est le commerce de détail qui est appréhendé par la loi ?**

**M. Béhar Touchais** : Les lignes directrices sur le contrôle des concentrations excluent certains secteurs de la notion de commerce de détail [hôtellerie, restauration, notamment, ndr]. Il n'est cependant

dant pas évident que les juges retiennent l'ensemble de ces exclusions. Elles ont été accordées dans le cadre du contrôle des concentrations qui n'a pas le même objectif que la « loi Macron ». Tant qu'un juge ne se sera pas prononcé sur la définition du commerce de détail, il subsistera néanmoins une incertitude.

**J.-B. Gouache** : Au cours des débats législatifs sur le texte, l'Assemblée nationale avait retenu une définition du commerce de détail [discussions sur l'article L. 441-7 du code de commerce, ndr] qui imposait que la moitié du chiffre d'affaires d'une entreprise provienne de la vente de produits. Cette définition était plus large que celle contenue dans les lignes directrices sur le contrôle des concentrations [qui prévoit que la moitié du chiffre d'affaires soit issue de la vente de marchandises à des consommateurs, ndr]. Si une telle définition était retenue par les juges, elle exclurait *de facto* les activités de coiffure, d'esthétique, de cordonnerie, de photographie, etc.

#### **Les contrats à durée indéterminée sont-ils inclus dans le dispositif de la loi ?**

**M. Béhar Touchais** : La plupart des auteurs sont en faveur de cette analyse. Néanmoins, la loi n'est pas très claire sur ce point. Certains éléments de l'article L. 341-1 relèvent du vocabulaire des contrats à durée déterminée - le terme échéance commune par exemple - tandis que d'autres supposent des contrats à durée indéterminée - l'emploi du mot résiliation notamment. Néanmoins, si l'on s'en tient à l'objectif de la loi, les contrats à durée indéterminée devraient être inclus dans son champ d'application. Sinon le risque de contournement de la loi serait trop élevé.

#### **Quelles sont les clauses d'un contrat de franchise qui peuvent être restrictives de libertés ?**

**M. Béhar Touchais** : Les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation, qui ne sont pas interdites par le texte mais soumises à un régime draconien. Une clause interdisant l'usage du savoir-faire, après la fin du contrat, est aussi - à la lettre - une clause restrictive de liberté. Elle est néanmoins justifiée par la nécessité de protéger le savoir-faire. Si un contentieux émergeait en la matière, serait avancé le fait qu'un savoir-faire a une valeur et, qu'à l'issue d'un contrat, il est normal qu'un ex-franchisé s'engage à ne plus utiliser le savoir-faire substantiel de son ancien franchiseur.

Aussi, certaines clauses qui sont littéralement restrictives de libertés sont légitimes. Il appartiendra nécessairement au juge de faire le tri, bien que la loi ne distingue pas.

**J.-B. Gouache** : Sur ces clauses prévoyant la cessation de l'usage du savoir-faire, nous sommes souvent face à des situations dans lesquelles les réseaux apportent véritablement un avantage concurrentiel par le biais de pratiques non encore répandues dans un secteur d'activité. Dans d'autres réseaux, les éléments de savoir-faire, pris individuellement, peuvent paraître banals, et c'est l'assemblage de ces éléments qui constitue le savoir-faire utile pour le franchisé. Dans cette hypothèse, la preuve sera plus difficile à rapporter.

M. Béhar Touchais : Par ailleurs, certaines clauses, pointées du doigt dans l'avis de l'Autorité de la concurrence [qui a précédé de quelques années le projet de « loi Macron », ndr] comme contrevenant à la mobilité des franchisés, ne répondent pas, à la lettre, à la définition légale donnée par la « loi Macron ». A titre d'exemple, on peut retenir le pacte de préférence sur la vente du fonds de commerce ou des clauses qui imposent des coûts de sortie au franchisé. A mon sens, elles imposent des contraintes avant la fin du contrat de franchise. Elles ne restreignent pas véritablement l'activité commerciale du franchisé par la suite. On ignore, cependant, quelle sera l'interprétation de la Cour de cassation. Les retenir comme clauses restrictives de la liberté post-contractuelle traduirait néanmoins une analyse extrêmement large de la Cour.