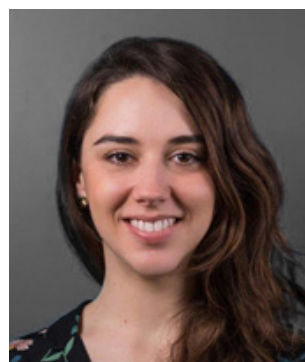


L'Autorité de la concurrence saisie pour avis sur la franchise participative

À la suite de deux demandes d'avis, l'Autorité de la concurrence se prononcera pour la première fois sur la licéité des franchises participatives d'Intermarché et Carrefour au regard du droit de la concurrence. Une décision de sanction permettrait d'accroître la mobilité des magasins indépendants sous enseigne nationale.



Karine Turbeaux,
avocat associé



Délizia Bourgeois,
avocat

SUR LES AUTEURS

Karine Turbeaux est avocat associé et Délizia Bourgeois avocat au sein du cabinet Renaudier, qui est dédié exclusivement au droit économique et qui est l'un des cabinets d'avocats français les plus actifs dans ses principaux domaines d'activité - distribution, concurrence, concentrations - tant en conseil qu'en contentieux.

Pour la première fois depuis l'avis 10-A-26 rendu le 7 décembre 2010 par l'Autorité de la concurrence relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants, celle-ci doit se prononcer dans deux affaires sur la licéité des dispositifs contractuels mis en place par Intermarché et Carrefour avec leurs franchisés. Dans l'affaire¹ visant Intermarché, un franchisé avait conclu un contrat de franchise Intermarché d'une durée de quinze ans avec un approvisionnement quasi exclusif auprès de son franchiseur. Afin de prévenir tout départ du franchisé vers une enseigne concurrente, les statuts de la société franchisée, au sein de laquelle Intermarché détient une action préférentielle, limitent son objet social à l'exercice d'une activité sous enseigne Intermarché. En outre, Intermarché peut s'opposer à la modification des statuts de la société du franchisé grâce à son action préférentielle. À la suite d'un litige avec Intermarché, le franchisé a demandé, devant un tribunal arbitral, la résiliation du contrat de franchise et la condamnation d'Intermarché à céder au franchisé l'action de préférence qu'elle détient dans sa société afin de pouvoir modifier l'objet social de sa société et éventuellement exploiter une enseigne concurrente. Le Tribunal ayant rejeté la

démonstration du franchisé selon laquelle il était lié par une exclusivité d'exploitation et une quasi-exclusivité d'approvisionnement dont la durée de quinze ans le plaçait dans un état de dépendance économique vis-à-vis d'Intermarché, constitutif également d'une entente illicite. Saisie par le franchisé sur ces deux fondements, la cour d'appel de Paris a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence (ADLC) sur ces questions.

« La question mérite d'être tranchée et ne connaît pas de précédent juridictionnel »

Dans l'affaire² visant Carrefour, la société franchisée, détenue à 26 % par le groupe Carrefour, a conclu avec celui-ci un contrat de franchise et d'approvisionnement d'une durée de cinq ans, instaurant, en outre, un droit de préférence en faveur de Carrefour en cas de cession de parts pendant une durée de cinq ans après la cessation du contrat.

Comme dans l'affaire précédente, l'objet social de la société franchisée est limité à l'exploitation d'une enseigne du groupe Carrefour à l'exclusion de toute autre, et toute modification de l'enseigne est soumise à une décision des associés représentant les ¾ des parts sociales de la société franchisée.

Afin de s'opposer au non-renouvellement du contrat de franchise par le franchisé, Carrefour prétend que celui-ci est contraire à l'objet social de la société franchisée. Après une suspension de la dénonciation du contrat de franchise obtenue par Carrefour en référé³, Carrefour a assigné son franchisé au fond sur le même motif.

Le franchisé, appuyé par une intervention volontaire du ministre de l'Économie et des Finances, a demandé au tribunal de commerce de Lyon de consulter l'ADLC sur la conformité des statuts de la société du franchisé avec l'article L.420-1 du Code de commerce, au motif qu'ils entraînent des effets restrictifs de concurrence en limitant la mobilité des magasins d'une enseigne à une autre.

L'Autorité considérera-t-elle que la limitation de l'objet social d'une société franchisée à l'utilisation de l'enseigne de son franchiseur, assortie d'une minorité de blocage dudit franchiseur empêchant

LES POINTS CLÉS

- L'Autorité de la concurrence doit se prononcer sur la limitation de l'objet social d'une société franchisée à l'utilisation de l'enseigne de son franchiseur, assortie d'une minorité de blocage dudit franchiseur empêchant toute modification de cet objet social.
- Elle recommandait déjà dans son avis 10-A-26 d'encadrer les prises de participation des groupes de distribution alimentaire au capital des sociétés d'exploitation de leurs affiliés afin d'accroître la mobilité des magasins indépendants entre ces différents groupes.

toute modification de cet objet social, est en elle-même contraire à l'ordre public économique ?

La question mérite d'être tranchée et ne connaît pas de précédent juridictionnel. Tout au plus, la Cour de Cassation a, dans une affaire opposant Intermarché à l'un de ses franchisés, sanctionné la cour d'appel d'Orléans pour ne pas avoir recherché si la clause des statuts du franchisé imposant la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour dénoncer un contrat de franchise n'avait pas pour objet ou effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence, compte tenu de la minorité de blocage détenue par Intermarché⁴. La Cour d'appel de renvoi (Versailles) n'a cependant pas eu l'occasion de trancher le litige, les parties ayant probablement préféré trou-

ver une issue transactionnelle. Dans une affaire concernant l'enseigne Leclerc, la Cour de cassation a jugé que la nullité des statuts ne peut être examinée sans étudier de façon combinée les différentes dispositions statutaires ainsi que les dispositions du contrat de parrainage liant les associés de la société franchisée⁵. Là encore, la Cour d'appel de renvoi (Limoges) n'a pas eu l'occasion de se prononcer.

Cet examen pragmatique des liens entre le franchisé et le franchiseur est directement tiré de l'Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, dans lequel l'ADLC a formulé des recommandations au sujet des dispositifs capitalistiques et statutaires consti-

tutifs de freins à la mobilité des magasins indépendants entre les différents groupes de distribution alimentaire.

L'ADLC constate que les franchiseurs prennent fréquemment des participations dans le capital des sociétés d'exploitation. Elle indique que « par le jeu des clauses d'enseigne et des règles de majorité présentes dans les statuts et/ou pactes d'associés, les groupes de distribution disposent d'un véritable droit de veto concernant le changement d'enseigne du magasin. » De tels montages limitent la mobilité des magasins d'un réseau à l'autre, voire, dans certains cas, la société franchisée n'a pas d'autre choix que de renouveler son contrat de franchise, ce qui aboutit à des exclusivités ou des préférences d'approvisionnement perpétuelles en faveur des franchiseurs.

Elle indique que ces « freins à la concurrence » doivent être encadrés indiquant qu'à défaut de prise de position de sa part, l'intervention du législateur serait nécessaire. En effet, s'étant saisie d'office pour avis, elle ne pouvait, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. C'est aujourd'hui le cas.

L'intervention volontaire du ministre de l'Économie et des Finances à l'appui de la demande d'avis de l'ADLC ne semble pas anodine : le gouvernement renvoie la balle de la franchise participative à l'Autorité de la concurrence ! ♦



¹ CA Paris, 26 juin 2018, 16/219674

² TC Lyon, 4 juillet 2019, RG 2019/00298

³ TC Lyon, 10 novembre 2017, RG 17/07986 ; CA Lyon, 3 avril 2018, 17/07986

⁴ Cass. Com. 30 mai 2012, 22-18024

⁵ Cass. Com. 26 avril 2017, 15-14-243