

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**PÔLE 5 - CHAMBRE 16**

**ARRET DU 27 SEPTEMBRE 2022**

(n° 79 /2022 , 15 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/28510 - N° Portalis  
35L7-V-B7C-B66W7

Décision déferée à la Cour : Sentence arbitrale du 09 Juillet 2018 rendue à PARIS

**DEMANDERESSE AU RECOURS :**

**SAS LASSAB**

prise en la personne de ses représentants légaux  
ayant son siège social : Zac de Targa 64120 AICIRITS

*représentée par Me François TEYTAUD de l'AARPI TEYTAUD-SALEH, avocat postulant  
du barreau de PARIS, toque : J125 et assistée de Me Olga ZAKHAROVA-RENAUD, avocat  
plaidant du barreau de PARIS, toque : P166*

**DEFENDERESSES AU RECOURS :**

**SASU ITM ENTREPRISES**

prise en la personne de ses représentants légaux  
ayant son siège social : 24, rue Auguste Chabrières 75015 PARIS

**SAS ITM ALIMENTAIRE SUD OUEST**

prise en la personne de ses représentants légaux  
ayant son siège social : 24, rue Chabrières 75015 PARIS

*représentées par Me Marie-Laure BONALDI, avocat postulant du barreau de PARIS,  
toque: B0936 et assistées de Me Bruno CHEMAMA, avocat plaidant du barreau de PARIS,  
toque : K002*

**COMPOSITION DE LA COUR :**

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 16 juin 2022, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant M. François MELIN, conseiller, faisant fonction de président lors des débats et Mme Marie-Catherine GAFFINEL, conseillère, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, entendu en son rapport, composée de :

M. François MELIN, conseiller, faisant fonction de président  
Mme Marie-Catherine GAFFINEL, conseillère,  
Mme Laure ALDEBERT, conseillère

**Greffier**, lors des débats : Mme Mélanie PATE

## ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. François MELIN, conseiller, faisant fonction de président et ayant participé au délibéré conformément aux dispositions de l'article 452 du code de procédure civile et par Mme Najma EL FARISSI, greffière présente lors de la mise à disposition.

\*\*\*\*

La société ITM Entreprises (ci-après désignée ITM Entreprises) anime un groupement de commerçants indépendants connu sous le nom de « Groupement des Mousquetaires ».

M. Frédéric Lassalle a adhéré au groupement des Mousquetaires le 27 mai 1987.

En 1988, il a créé la société Lassab pour exploiter un magasin à Aicirits (64) sous l'enseigne « Intermarché » qu'il a successivement agrandi en 1989, 1996 et 2006.

Les sociétés Lassab et ITM Entreprises ont signé un contrat d'adhésion le 27 mai 1987 puis un contrat d'enseigne (contrat de franchise) le 20 mai 1997 pour une durée de 10 ans renouvelable, renouvelé par tacite reconduction.

M. Lassalle, avec la société Lassab, a créé la société Aspis qui a signé un contrat d'enseigne avec ITM Entreprises le 26 avril 2007. La société Aspis exploite un magasin à Sauveterre-de-Béarn.

Par lettre du 14 mai 2016, M. Lassalle et la société Lassab ont dénoncé :

- le contrat d'adhésion signé le 27 mai 1987 pour son échéance du 27 mai 2017,
- le contrat de franchise signé le 20 août 1997 qui lui est lié, en application de l'article 6 du contrat d'adhésion,
- les contrats liés aux contrats d'adhésion et de franchise (approvisionnement, drive).

Le 15 février 2017, ITM Entreprises a demandé à la société Lassab la somme de 1 123 746,65 € TTC en paiement du droit d'entrée différé au titre de l'article 10 du contrat de franchise.

Par lettre du 11 mai 2017, M. Lassalle et la société Lassab ont contesté ces demandes et ont informé ITM Entreprises qu'ils souhaitaient mettre en œuvre la clause compromissoire prévue dans le contrat d'enseigne stipulant que « tous les litiges auxquels le contrat pourra donner lieu, notamment au sujet de sa validité, de son interprétation, de son exécution et de sa réalisation, seront résolus par voie d'arbitrage ».

La clause précisait que les arbitres devaient statuer en amiable composition.

L'acte de mission reprenant l'obligation pour les arbitres de statuer en amiables compositeurs a été signé le 17 octobre 2017.

Le 9 juillet 2018, le tribunal arbitral composé de MM. Christophe Jamin et Michel Menjuq et de M. Cambournac en qualité de président, après avoir déclaré irrecevables comme prescrites les demandes en nullité formulées par la société Lassab, déclaré irrecevables les demandes de la société ITM Entreprises concernant la responsabilité de M. Lassalle et de la société Lassab en raison d'une entente anticoncurrentielle avec la société Aspis, déclaré

irrecevable les demandes de la société ITM Alimentaire Sud Ouest (filiale d'ITM Entreprises), déclaré irrecevables les demandes de la société ITM Entreprises en sa demande de condamnation de M. Lassalle in solidum avec la société Lassab, a condamné cette dernière à payer à la société ITM Entreprises les sommes de 500.000 euros au titre de la clause de droit d'entrée et de 10.000 euros au titre de la clause de non-concurrence.

Le 21 décembre 2018, la société Lassab a formé un recours en annulation à l'encontre de la sentence.

Par arrêt du 3 juin 2021, cette cour a annulé la sentence sur le moyen d'annulation tiré de la méconnaissance par le tribunal arbitral de sa mission (article 1492 3° du code de procédure civile).

Par dernières conclusions notifiées le 25 janvier 2022, la société Lassab demande à la cour, statuant en amiable composition de :

- Recevoir la société Lassab en ses demandes,
- Dire irrecevables les moyens et demandes de ITM Entreprises visant la société Aspis et notamment celle de perte de chance de l'approvisionnement ;
- Réputer non-écrit, ou à défaut, annuler l'article 10 du contrat de franchise signé le 20 mai 1997 portant paiement d'un droit d'entrée différé, en droit comme en équité,
  - o Débouter en conséquence les sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest de leurs demandes de paiement du droit d'entrée différé au titre de l'article 10 du contrat.
- Subsidiairement, dans l'hypothèse où l'article 10 ne serait pas annulé,
  - o Débouter les sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest de leurs demandes de paiement du droit d'entrée différé, les conditions d'application de l'article 10 n'étant pas réunies,
  - o A défaut, écarter en équité l'application de l'article 10 du contrat de franchise.
- Plus subsidiairement
  - o Si l'article 10 n'était pas annulé et qu'il soit jugé applicable, fixer son montant à la somme forfaitaire de 1 €.
  - Réputer non-écrites, ou à défaut nulles et de nul effet, les dispositions de l'article 16 du contrat de franchise signé le 20 mai 1997 portant clause de non-concurrence post contractuelle, en droit comme en équité,
    - o Débouter en conséquence les sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest de toutes demandes pécuniaires sur le fondement de l'article 16 du contrat.
    - o Subsidiairement, les réduire à la somme forfaitaire d'1 €.
- En tout état de cause,
  - Débouter les sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest de toutes leurs demandes,
  - Condamner les sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest chacune au paiement de la somme de 30 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
  - Les condamner aux entiers dépens, en ce compris les émoluments de Me François Teytaud sur le fondement de l'article 699 du code de procédure civile, et les sommes prévues par les articles R444-3 et ses annexes, et A444-31 du code de commerce, portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale.

Par dernières conclusions notifiées le 3 janvier 2022, les sociétés ITM Entreprises et Alimentaire Sud-Ouest (ci-après désignés les sociétés ITM) demandent à la cour de :

- Déclarer irrecevables comme prescrites les demandes de nullité des articles 10 et 16 du contrat d'enseigne présentées par la société Lassab ;
- Déclarer irrecevables comme excédant les pouvoirs que la Cour tient de l'article 1493 du code de procédure civile, les demandes formées par la société Lassab aux fins de voir « réputer non-écrites » les clauses litigieuses ;
- condamner la société Lassab à payer à ITM Entreprises, au titre du droit d'entrée, la somme de 917.168,74 € HT, assortie de la TVA en vigueur au jour du paiement ;
- condamner la société LASSAB à payer à ITM Entreprises, au titre des préjudices nés de l'inexécution de la clause de non-réaffiliation :

o la somme de 1.638.050,99 € en réparation de la perte de chance d’approvisionner un nouveau point de vente sur la zone de chalandise et de conserver la clientèle attachée à l’enseigne,  
o la somme de 346.291,05 € en réparation du préjudice résultant de la cessation anticipée de l’approvisionnement de la société Aspis,  
- Débouter la société Lassab de l’ensemble de ses demandes, fins et prétentions ;  
- En tout état de cause, condamner la société Lassab à payer aux sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud-Ouest la somme de 30.000 € au titre de l’article 700 du code de procédure civile ;  
- La condamner aux entiers dépens, dont distraction au profit de Me Bonaldi-Nut, avocat à la Cour, conformément aux dispositions de l’article 699 du code de procédure civile ;

## **MOTIFS**

Les parties s'accordent pour dire que la cour doit juger en amiable compositeur.

### **1 Sur les moyens d'irrecevabilité**

#### **1.1 Sur l'irrecevabilité des demandes des sociétés ITM concernant la société ASPIS**

##### Moyens des parties

La société Lassab rappelle que la société Aspis ne fait pas partie de l'instance de même qu'elle n'a pas été partie à la procédure arbitrale, qu'elle ne peut en conséquence être jugée sans avoir été appelée. Elle ajoute que les demandes formées par les sociétés ITM à l'égard de la société Aspis ont été rejetées par une sentence arbitrale rendue le 14 juin 2021 ayant l'autorité de la chose jugée, tant que la décision portant sur le recours n'a pas été rendue.

Les sociétés ITM ne répondent pas à ce moyen.

##### Réponse de la cour

Les sociétés ITM ne formulant aucune demande à l'encontre de la société Aspis, ce moyen est sans objet.

En revanche, ITM Entreprises évalue son préjudice subi à la suite de la rupture du contrat d'approvisionnement avec la société Aspis qui serait la conséquence du non respect par la société Lassab de la clause de non concurrence. Il sera répondu à cette demande, dirigée contre la société Lassab, et donc recevable, dans la section consacrée à la clause de non-concurrence.

#### **1.2 Sur la prescription soulevée par les sociétés ITM**

##### Moyens des parties

Les sociétés ITM soutiennent que les demandes de nullité des clauses de droit d’entrée différé et de non-réaffiliation présentées par la société Lassab sont prescrites par application de l'article 2224 du code civil, ainsi que l’avait d’ailleurs jugé le tribunal arbitral, et qu’il n’existe aucun motif d’équité de ne pas respecter la règle de prescription.

En réplique à la société Lassab qui soutient que l'article 2224 du code civil ne serait pas applicable, les sociétés ITM rappellent que l'action formée par la société Lassab est une action en nullité des clauses du contrat d'enseigne sur le fondement de l'article L420-3 du code de commerce et que le régime de prescription applicable à cette action est celui des articles 2224 et suivants du code civil. Elles considèrent qu'en application de cet article, la prescription d’une action en nullité commence à courir à compter du jour où le titulaire de l’action en nullité « a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »,

c'est-à-dire au jour où il a eu connaissance de la cause de nullité et que s'agissant d'une cause de nullité qui est attachée à une stipulation contractuelle, le point de départ de la prescription est le jour de la conclusion du contrat qui comporte la clause litigieuse puisque, dès cette date, les parties au contrat ont connaissance de sa prétendue illicéité au regard d'un texte d'ordre public qu'elles ne pouvaient ignorer. Elles considèrent ainsi la prescription acquise depuis le 20 mai 2002.

Elles relèvent en outre que la société Lassab ne développe aucun moyen d'équité qui justifierait de ne pas appliquer la règle de droit.

La société Lassab soutient, en premier lieu, qu'en application des règles de droit, son action n'est pas prescrite, que le contrat d'enseigne est un contrat à exécution successive, que les clauses prévues aux articles 10 et 16 sont anticoncurrentielles par application de l'article L420-1 du code de commerce et qu'en droit de la concurrence, le point de départ de la prescription se situe au moment de la cessation de la pratique infractionnelle, à savoir le 27 mai 2017.

Elle soutient, en tout état de cause, qu'en droit commun l'article 2224 du code civil précise que la prescription ne court qu'à « compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » et qu'en l'espèce ce n'est que le 15 février 2017 qu'elle a eu connaissance de la demande en paiement formulée pour la première fois par les sociétés ITM au titre du droit d'entrée différé et de la clause de non-concurrence post-contractuelle, la prescription expirant ainsi le 15 février 2022.

En second lieu, elle soutient qu'en équité la prescription n'est pas acquise, que la mise en œuvre d'une clause aussi attentatoire à l'ordre public concurrentiel que celle relative au paiement du droit d'entrée différé, 20 ans après la conclusion du contrat qui la contient, dans un contexte dans lequel elle avait disparu 13 ans auparavant des autres conventions de franchise signées par les sociétés ITM, constitue un motif d'équité justifiant d'écarter la prescription et que les arbitres ne sont pas soumis aux règles de la prescription, qui ne sont pas des règles impératives d'ordre public, les parties pouvant y renoncer.

#### Réponse de la cour

L'article L420-1 du code de commerce prévoit que sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

L'article L420-3 du même code dispose qu'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2.

L'article 2224 du code civil dispose que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

L'amiable compositeur ne peut appliquer une règle de droit qu'après l'avoir confrontée à l'équité.

Contrairement à ce que soutient la société Lassab, le régime de prescription applicable à l'action en nullité fondée sur l'article L420-3 du code de commerce est celui du droit commun prévu à l'article 2224 du code civil. (CA Paris, 2 juillet 2015, RG n°13/22609).

Il s'ensuit que le point de départ du délai de prescription d'une action en nullité concernant des clauses contenues dans un contrat, est la date de conclusion dudit contrat, soit en l'espèce le 20 mai 1997, et non la date de cessation du contrat. En effet, dès la conclusion du contrat, la société Lassab avait connaissance des clauses litigieuses.

Le délai de prescription ayant commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, qui a réduit la durée de prescription de trente à cinq ans, les dispositions transitoires de l'article 26 II de ce texte sont applicables. Il en résulte que le délai de prescription applicable en l'espèce a expiré le 18 juin 2013 et non le 20 mai 2002 comme l'indiquent les sociétés ITM.

Compte tenu de l'ancienneté du contrat et de la date d'acquisition de la prescription également ancienne mais également de la possibilité qu'a eu la société Lassab de voir modifier son contrat en 2004 et de bénéficier comme tous les adhérents d'un nouveau contrat ne comprenant plus de clause de droit d'entrée différé et de non-concurrence, aucun motif tiré de l'équité ne justifie d'écarter cette règle de droit.

Les demandes de nullité des clauses 10 et 16 du contrat d'enseigne formée par les appelants sont prescrites et donc irrecevables.

Les sociétés ITM ne soulevant pas la prescription de la demande de la société Lassab de voir déclarer non écrites les clauses litigieuses, les développements de la société Lassab sur ce point sont sans portée.

### **1.3 Sur la recevabilité de la demande de la société Lassab de voir déclarer les clauses 10 et 16 réputées non écrites**

#### Moyens des parties

Les sociétés ITM considèrent qu'en demandant à la cour de déclarer les clauses litigieuses du contrat d'enseigne « réputées non écrites », la société Lassab forme une demande nouvelle, irrecevable en application de l'article 1493 du code de procédure civile. Elles rappellent que les demandes présentées à la Cour après annulation d'une sentence doivent être conformes à la convention d'arbitrage et avoir été soumises aux arbitres dès lors que le pouvoir de juridiction de la cour d'appel ne peut excéder celui des arbitres. Elles font valoir que la société Lassab n'a toujours revendiqué que la nullité des clauses litigieuses, et n'a jamais demandé qu'elles soient déclarées non-écrites, ni qu'elles soient réputées créer un déséquilibre significatif sur le fondement de l'article L 442-6 du code de commerce, qu'elle n'invoquait pas.

La société Lassab fait valoir qu'elle a, devant le tribunal arbitral, expressément demandé que les articles 10 et 16 soient réputés non écrits et que l'acte de mission lui réservait bien le pouvoir de développer ses demandes et ses moyens dans les écritures ultérieures. Elle prétend également que les demandes de voir déclarées non-écrites ou nulles et de nul effet les clauses litigieuses tendent aux mêmes fins, à savoir l'anéantissement rétroactif des clauses, seul le fondement juridique changeant.

#### Réponse de la cour

L'article 1493 du code de procédure civile prévoit que lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties.

La mission de l'arbitre, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties. (1<sup>re</sup> Civ., 6 mars 1996, n°9413092).

La cour d'appel, statuant sur le fond, dans les limites de la mission de l'arbitre, peut être saisie par une partie d'une demande incidente, dès lors qu'entrant par son objet dans les prévisions de la clause compromissoire, cette demande se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant de dépendance, dont l'appréciation relève de son pouvoir souverain. (1re Civ., 13 mai 2015, pourvoi n° 14-12.978, )

Aux termes de la clause compromissoire figurant à l'article 19 du contrat d'enseigne du 20 août 1997, « tous les litiges auxquels le contrat pourra donner lieu, notamment au sujet de sa validité, son interprétation, de son exécution et de sa réalisation, seront résolus par voie d'arbitrage. »

Il ressort par ailleurs de l'acte de mission signé par les parties et les arbitres le 17 octobre 2017 (dans la section « B texte soumis aux arbitres par le conseil du demandeur ») que la société Lassab contestait la demande en paiement du droit d'entrée différé formée par les sociétés ITM ainsi que la demande de mise en œuvre de la clause de non-concurrence prévus par les articles 10 et 16 parce qu'ils :

- « - n'ont pas vocation à s'appliquer en l'espèce,
- sont anticoncurrentiels et donc nuls
- et en tout état de cause manifestement abusifs et disproportionnés. »

Ce même acte de mission stipule ensuite à l'article 4 que :

« le tribunal arbitral devra se prononcer sur les demandes des Parties, qu'elles soient formulées ci-avant ou dans tout autre acte de procédure, de même que sur toute modification de ces demandes initiales pourvu qu'elles se rattachent à elles par un lien suffisant et qu'elles soient formulées par les Parties avant la clôture des débats fixés par ledit tribunal arbitral. »

Comme le souligne justement les sociétés ITM, la demande tendant à voir réputées non écrites les clauses litigieuses ne s'analyse pas en une demande de nullité (Civ. 1ère, 13 mars 2019, n°17-23169).

Pour autant, ces demandes ne sont pas nouvelles ou à tout le moins constituent des demandes incidentes qui se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant de dépendance.

En effet, en premier lieu, si dans le dispositif de son mémoire en réplique, la société Lassab ne sollicitait pas expressément de voir déclarer non écrites les clauses 10 et 16, elle demandait néanmoins de voir déclarer l'article 10 abusif et discriminatoire et l'article 16 abusif et mentionnait dans le corps de ses conclusions, pour chacun de ces articles, que « si par impossible le tribunal n'annulait pas l'article 10, il ne pourra que le dire abusif et le dire non écrit, en droit comme en équité. » et « qu'en droit interne l'article 16 est réputé non-écrit », à telle enseigne que le tribunal arbitral, dans le rappel des prétentions des parties, indique que « la société Lassab soutient en substance que l'article 16 doit être déclaré nul ou à tout le moins être réputé non écrit car ... ».

En second lieu, en tout état de cause, les demandes de voir déclarer non écrites les clauses 10 et 16 visent à dispenser la société Lassab de toute indemnité comme la demande de nullité et se rattachent donc à la demande principale formée devant le tribunal arbitral.

Les demandes de la société Lassab de voir déclarer les clauses 10 et 16 non-écrites sont en conséquence recevables.

## **2 Sur la clause relative au droit d'entrée (article 10 du contrat de franchise)**

L'article 10 du contrat stipule :

« L'intérêt du Groupement dans son ensemble et les sociétés d'exploitation en particulier

consiste dans le fait que le réseau soit le plus denses possible. Afin de faciliter son installation, la société d'Exploitation n'aura à verser aucun droit d'entrée en contrepartie de son adhésion au réseau et des avantages immédiats qu'elle en retirera.

Cependant, il ne s'agit là que d'une suspension du paiement du droit d'entrée et non pas d'une dispense de ce droit.

Dans la mesure où la société d'exploitation ne conduirait pas à son terme le contrat ou ne le renouvellerait pas, ceci porterait atteinte à la densité du réseau, en outre, les investissements réalisés par ITM Entreprises pour faciliter l'installation de la société d'exploitation ne recevraient pas leur juste rémunération.

En conséquence le droit jusqu'alors suspendu deviendrait alors immédiatement et automatiquement exigible.

Le montant de ce droit est fixé aux conditions particulières des présentes (...) »

L'article 2 des conditions particulières stipule que :

« le droit d'entrée, tel qu'il est prévu à l'article 10 du Titre I, est évalué d'un commun accord entre les parties à 5% du chiffre d'affaires TTC annuel calculé sur la moyenne des trois dernières années. »

## **2.1 Sur la demande de voir déclarer non écrite la clause sur le droit d'entrée différé**

La cour ayant retenu que la demande de la société Lassab de voir déclarer nul l'article 10 du contrat d'enseigne était prescrite se bornera à examiner les seuls moyens développés par la société Lassab qui tendent expressément à voir déclarer l'article 10 non-écrit.

### Moyens des parties

La société Lassab fait valoir en premier lieu que l'article 10 du contrat de franchise, portant sur le paiement d'un droit d'entrée différé doit être réputé non écrit en ce que le droit d'entrée différé constitue une disposition créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties et est contraire à l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce (devenu L.442-1, I, 1° et 2° du même code). Elle relève que si les sociétés ITM considèrent que le droit d'entrée constitue une prestation de service, la somme demandée à ce titre de 1.100.602,49 € TTC est manifestement disproportionnée au regard de la valeur du service rendu, voire ne correspond à aucun service commercial effectivement rendu, surtout pour une installation il y a 30 ans. Elle argue d'ailleurs à cet égard que depuis 2004, aucun franchisé du groupement Intermarché n'est soumis au droit d'entrée différé, alors qu'il ne reçoit pas moins de services à l'installation et n'investit pas plus que la société Lassab à l'époque. Elle considère donc que tous les services du franchiseur ont déjà été rémunérés et que la clause constitue une pénalité.

En second lieu, elle prétend que la clause de droit d'entrée différé est dépourvue de toute cause et doit être annulée ou réputée non écrite à ce titre.

Les sociétés ITM font valoir que le droit d'entrée correspond à une prestation de service figurant dans des milliers de contrats, qu'il est connu de l'administration et de l'autorité de la concurrence et qu'il n'empêche nullement les changements d'enseigne.

Concernant le déséquilibre significatif qui serait créé par la clause de droit d'entrée différé, les sociétés ITM soutiennent que l'article L442-6 I, 2° du code de commerce ne prévoit qu'une cause éventuelle de responsabilité et non de nullité, que le droit d'entrée est l'une des composantes de la rémunération du franchiseur, qu'il rémunère, comme la cotisation, l'ensemble des prestations du franchiseur, incluant la logistique, les services généraux, la comptabilité, l'informatique amont, la publicité et a donc bien une contrepartie.

Elles considèrent que le paiement différé au terme du contrat est par nature favorable au franchisé puisqu'il n'a rien à payer pendant toute la durée du contrat et de ses renouvellements et qu'il est à la fois plus attractif pour le franchisé et plus justifié par



rapport à l'ensemble des adhérents que le montant de ce droit d'entrée soit assis sur la moyenne du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé au cours des trois dernières années d'exploitation.

### Réponse de la cour

L'article L442-6 I. du code de commerce dispose qu' « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; (...) »

L'article 1131 ancien du code civil prévoit que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet.

Contrairement à ce que soutiennent les sociétés ITM, la violation de l'article L442-6, I, 2° du code de commerce ne constitue pas seulement une cause éventuelle de responsabilité. La partie victime d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, est fondée à faire prononcer la nullité de la clause du contrat qui crée ce déséquilibre, s'agissant d'une clause illicite qui méconnaît les dispositions d'ordre public de ce texte. (Com., 30 septembre 2020, pourvoi n° 18-11.644). Mais pour échapper à la prescription, la société Lassab ne peut valablement demander que la clause soit réputée non-écrite, cette sanction n'étant pas prévue.

Tout en soutenant que l'absence de cause devrait conduire cette cour à déclarer non écrit l'article 10, la société Lassab admet justement que l'absence de cause est sanctionnée par la nullité de la clause qui en est dépourvue.

En conséquence, la demande de la société Lassab de voir déclarée l'article 10 non écrit est rejetée.

## **2.2 Sur l'application de l'article 10 du contrat d'enseigne**

### Moyens des parties

La société Lassab considère que l'article 10 n'est pas justifié et ne doit pas être appliqué, les conditions d'application n'étant pas réunies. Elle considère qu'elle appartenait depuis 10 ans au réseau Intermarché, de sorte que le droit d'entrée qui a vocation à faciliter l'installation du franchisé est sans intérêt. En équité, elle considère qu'une telle clause qui n'existait pas dans le contrat d'adhésion signé en 1987 lorsqu'elle est entrée dans le réseau et n'existe plus depuis 2004 ne peut être appliquée. Elle considère que le paiement du droit d'entrée constituerait une discrimination entre les anciens et nouveaux contrats et est contraire aux règles, usages et principes généraux de la franchise, aucun autre distributeur ne pratiquant plus le droit d'entrée, que la société Lassab a déjà réglé au Groupement des Mousquetaires près de 50 millions d'euros pendant 30 ans, que le droit d'entrée différé ne correspond à aucun service rendu à l'entrée dans le réseau, et que M. Lassalle a, à travers son

Tiers-Temps au cours des 30 dernières années, travaillé 10 ans gratuitement au profit du Groupement.

Selon la société Lassab, l'article 10 est punitif et abusif puisqu'il revient à sanctionner financièrement l'usage du droit légitime de ne pas renouveler un contrat. Elle considère en outre qu'il est abusif d'asseoir un droit d'entrée d'une part, sur un chiffre d'affaires TTC alors que le TVA est étrangère à l'activité produite par le contrat et d'autre part, sur le chiffre d'affaires de la station-essence qui est essentiellement composé de taxes, cette activité étant étrangère au savoir-faire de la franchise.

Enfin, elle rappelle que l'équité s'oppose à ce que les arbitres puissent maintenir les dispositions contractuelles dont le but recherché n'est pas légitime et est clairement anticoncurrentiel.

Les sociétés ITM soulignent que si le droit d'entrée n'existait pas en 1987 dans le contrat liant la société Lassab et ITM Entreprises, c'est en raison de la nature même du contrat qui n'était pas un contrat de franchise. Elles rappellent en outre qu'en 2004, lorsque les droits d'entrée différé ont été supprimés des contrats, la société Lassab a eu la possibilité d'opter pour les nouveaux contrats de sorte que cette considération justifie au contraire qu'elle l'exécute intégralement. Enfin, elles avancent que la longévité de la relation avec la société Lassab milite pour qu'elle paye l'intégralité de son droit d'entrée, puisqu'elle a pu bénéficier, pendant 30 ans, des investissements réalisés par les adhérents qui l'ont précédée, sans bourse délier, tout en ne payant que la cotisation d'enseigne qui s'élève à 0,5 % de son chiffre d'affaires, ce qui représentait 60.000 € par an en moyenne. Rapporté à une relation contractuelle de 30 ans, elle évalue le coût du droit d'entrée pour la société Lassab à 30.572,29 euros /an.

Elles considèrent, en équité, qu'il serait discriminatoire à l'égard des autres adhérents qui ont payé par le passé des droits d'entrée, que la société Lassab ne paye pas tout ou partie de celui qu'elle doit, ce qui serait en outre attentatoire à la stabilité du Groupement des Mousquetaires et à la force exécutoire des contrats qui le constituent, dont les termes ont été décidés par la collectivité des adhérents qui le dirigent, et qui ont été librement consentis par ceux qui les ont signés.

#### Réponse de la cour

En 1987, la société Lassab a signé un contrat d'adhésion qui ne constitue pas un contrat de franchise. Les sociétés ITM admettent qu'un contrat d'enseigne a dû être signé à cette époque. Pour autant, ce contrat n'est pas produit.

En tout état de cause, en signant le contrat d'enseigne, la société Lassab a accepté la clause de droit d'entrée différé.

L'exploitation antérieure d'un magasin ne saurait rendre inapplicable l'article 10 du contrat. De même, le renouvellement du contrat par tacite reconduction n'a pas supprimé l'existence la clause, celle-ci persistant dans le contrat renouvelé.

Le non-renouvellement par la société Lassab du contrat d'enseigne doit conduire à mettre en œuvre cette clause, dont l'application ne peut être écartée en équité. En effet, la société Lassab ne pouvait ignorer les termes de cette clause et les modalités de calcul en cas de non renouvellement du contrat et de non cession de la société à un autre adhérent du Groupement. La circonstance que les nouveaux contrats d'enseigne ne contiennent plus cette clause est inopérante dès lors que la société Lassab a eu, comme tous les adhérents, à la suite de l'assemblée générale du 9 mars 2004 à laquelle M. Frédéric Lassale était représenté, la possibilité d'opter pour un nouveau contrat d'enseigne ne comprenant pas de droit d'entrée différé. La société Lassab ayant fait le choix de maintenir le contrat signé en 1997, elle ne peut plus aujourd'hui invoquer une quelconque discrimination avec les autres adhérents depuis 2004, ou encore faire valoir que cette clause est abusive. De même, il ne

peut être retenu que la société Lassab a déjà réglé des sommes importantes au Groupement des Mousquetaires pour considérer que ITM Entreprises a déjà obtenu une rémunération suffisante.

En revanche, il convient d'apprécier l'indemnité due au titre du droit d'entrée différé par rapport aux seules 20 années d'exploitation du magasin depuis la date de signature du contrat d'enseigne en 1997.

Pour calculer l'indemnité de 5%, les sociétés ITM prennent en compte le chiffre d'affaires du magasin Intermarché mais également de la station-essence. Si la clause relative au droit d'entrée précise qu'il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires TTC, elle ne précise pas l'assiette de celui-ci. La clause relative à la cotisation d'enseigne (article 3 des conditions particulières du contrat) mentionne, pour sa part, expressément que le chiffre d'affaires résultant de la vente de carburant donnera lieu au paiement d'une redevance mensuelle hors taxe égale à 0,10 % au lieu de 0,50% pour le chiffre d'affaires du magasin. En équité, dès lors que la société ITM E admet elle-même la spécificité de la vente de carburants en prévoyant une redevance beaucoup plus faible, il convient d'exclure le chiffre d'affaires des carburants de l'assiette de calcul pour l'indemnité du droit d'entrée différé.

Selon le tableau récapitulatif des sociétés ITM, le chiffre d'affaires pour le magasin Intermarché sur les trois dernières années (et non sur les trois derniers exercices) s'élève à 38.179.861,58 euros HT, soit un chiffre d'affaires moyen de 12.726.620,3 euros HT. L'indemnité de 5% s'élève ainsi à 639.331,01 euros HT. Rapportée sur 20 ans d'exploitation, elle correspond à une somme de 45 000 euros HT par an. La société Lassab qui prétend que cette somme ajoutée à la cotisation annuelle versée à ITM Entreprises d'environ 60.000 euros est disproportionnée ne le justifie pas au regard de son bénéfice au cours de cette période.

Pour diminuer le montant de cette indemnité, il ne peut être tenu compte de la situation financière critique alléguée par la société Lassab. En effet, la seule attestation de son expert-comptable, établie à la suite de sa condamnation à verser 500.000 euros à la société ITM Entreprises par le tribunal arbitral, est insuffisante pour démontrer la situation financière réelle de la société.

En conséquence, la société Lassab est condamnée à verser à ITM Entreprises la somme de 639.331,01 euros HT assortie de la TVA en vigueur au jour du paiement.

### **3 Sur les demandes portant sur la clause de non-concurrence (article 16 du contrat de franchise)**

L'article 16 du contrat d'enseigne stipule que :

« La Société d'Exploitation s'interdit d'exercer directement ou indirectement une activité commerciale similaire et/ou concurrente de celle qu'elle exploite, à l'adresse de son principal établissement et dans un rayon de 15 Km autour de celui-ci pour une durée d'un an à compter de l'expiration des effets du contrat, pour quelque cause que ce soit ».

#### **3.1 Sur la demande de voir déclarée non-écrite la clause de non-concurrence**

##### Moyens des parties

En premier lieu, la société Lassab fait valoir que l'obligation de non-concurrence post-contractuelle du contrat de franchise heurte les exigences de l'ordre public économique et doit être réputée non écrite en ce qu'elle est anticoncurrentielle au regard de l'article L341-2 du code de commerce.

Elle considère que l'article 16 du contrat oblige le franchisé à fermer complètement le magasin pour une année, aucun exercice de l'activité de commerce alimentaire dans ses locaux et même dans sa zone de chalandise ne lui étant autorisé. Elle soutient que la clause de non-affiliation est assimilée à une clause de non-concurrence car l'exploitation d'un magasin de grande surface n'est économiquement pas viable sans être affilié à une enseigne nationale. Elle considère que l'article L.341-2 du code de commerce est applicable au contrat en cours.

Elle souligne que depuis 2004, les contrats d'enseigne Intermarché ne contiennent plus de clause de non-concurrence post-contractuelle.

Elle considère que la sanction attachée au non-respect de l'article L.341-2 du code de commerce est que la clause est « réputée non-écrite » et qu'elle est donc réputée n'avoir jamais existé.

Les sociétés ITM prétendent que l'article L. 341-2 du code de commerce ne peut être appliqué au contrat litigieux, conclu avant son entrée en vigueur, conformément à l'article 2 du code civil et au droit commun de l'application des lois dans le temps.

Elles soutiennent que l'article 16 même s'il est intitulé « non-concurrence », ne comporte en réalité qu'un engagement de non-réaffiliation à une enseigne concurrente pendant un an et n'empêche donc pas la société :

- d'exploiter une grande surface sur le lieu même de son ancienne exploitation, sous sa propre enseigne,
- d'exploiter au même endroit une grande surface sous le panonceau d'une enseigne de la grande distribution, dès lors que celle-ci n'a pas une dominante alimentaire (bricolage, maison, etc.)
- d'exploiter sous une enseigne concurrente d'Intermarché en un autre lieu, en transférant son autorisation d'urbanisme.

Elles exposent que l'engagement de non-concurrence du franchisé Intermarché est donc limité et a pour seule vocation de permettre à ITM Entreprises d'avoir le temps nécessaire pour tenter d'implanter un nouveau point de vente sous son enseigne dans la même zone de chalandise, et ce avant que la concurrence ne soit cristallisée au profit de l'enseigne concurrente sous laquelle exercera l'ancien franchisé.

#### Réponse de la cour

L'article 2 du code civil prévoit que la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.

L'article L341-2 du code de commerce dispose que :

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.

L'article L. 341-2 du code de commerce sur lequel se fonde la société Lassab est issu de la loi n°2005-990 du 6 août 2015 et aux termes de l'article 31 de celle-ci, il s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi.

Contrairement à ce que soutient la société Lassab, la loi nouvelle ne peut, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, inexistante en l'espèce, remettre en cause la validité d'une clause contractuelle régie par les dispositions en vigueur à la date où le contrat a été passé. (Com., 16 février 2022, pourvoi n° 20-20.429)

Il s'ensuit que l'article L341-2 du code de commerce est inapplicable à l'espèce et que la société Lassab ne peut s'en prévaloir, aucun motif de l'équité ne justifiant son application en l'espèce. La demande de la société Lassab est rejetée.

### **3.2 Sur l'application de l'article 16 du contrat d'enseigne**

#### Moyens des parties

La société Lassab prétend que l'obligation de non-concurrence post-contractuelle du contrat de franchise est contraire à l'équité, puisqu'elle ne remplit aucun critère légal, n'existe plus dans les contrats de franchise avec Intermarché, fait perdre au franchisé son fonds de commerce acquis pendant des années, et lui ferait perdre son bail, peu important que le bailleur soit une SCI composée de M. et Mme Lassalle.

S'agissant du préjudice invoqué par les sociétés ITM consistant en une perte de chance d'avoir pu installer un nouveau franchisé et de l'avoir approvisionné pendant 12 mois, elle fait valoir que la perte de chance n'est pas certaine : elle prétend que l'installation d'un franchisé (avec un magasin de plus de 1000 m<sup>2</sup>) dans un délai de 12 mois est irréaliste au regard de la nécessité d'identifier et d'acquérir un terrain, d'obtenir les autorisations et de purger les recours (avec un délai à minima de 11 mois, outre le délai de construction de la grande surface) ; que les sociétés ITM, prévenues dès 2016 du non renouvellement du contrat ne justifie pas avoir trouvé ou même cherché un emplacement ; qu'à supposer qu'un nouveau franchisé se soit installé dans la zone de chalandise, il n'est pas établi qu'il aurait pu réaliser un chiffre d'affaires équivalent à celui de la société Lassab ; que le lien de causalité entre la perte de chance et le dommage n'est pas établi : qu'enfin le préjudice subi invoqué est mesuré en marge sur les achats alors que la société ITM Entreprises qui ne vend aucune marchandise et ne profite donc pas de la marge ne peut agir pour le compte de ses filiales et que la société ITM Alimentaire Sud Ouest est quant à elle une centrale d'achat mais ne bénéficie pas de la clause de non concurrence post-contractuelle prévue au contrat d'enseigne. Elle conteste en outre la base du calcul effectué par les sociétés ITM et rappelle enfin que la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

Les sociétés ITM prétendent avoir subi un préjudice en raison de la violation par la société Lassab de la clause de non-concurrence, correspondant à la perte de chance d'approvisionner un nouveau point de vente dans la zone de chalandise et de conserver la clientèle attachée à l'enseigne. Elles soutiennent ainsi avoir perdu la marge brute sur cet approvisionnement qu'elles évaluent à 75% (taux de fidélité moyen) du montant des achats de la société Lassab en 2016, soit 8.806.725 euros (11.742.301 euros x75%), somme à laquelle elles appliquent un taux de marge brute moyen de 18,60%, soit un préjudice équivalent à 1.638.050,99 euros.

Elles invoquent en outre un préjudice lié à la cessation anticipée de l'approvisionnement de la société Aspis en considérant que la violation par la société Lassab de la clause de non réaffiliation les a conduites à interrompre prématurément de 6 mois l'approvisionnement du magasin d'Aspis pour éviter que soient portées à la connaissance de la société Lassab des informations commerciales sensibles du Groupement des Mousquetaires.

Elles considèrent qu'en équité le préjudice subi doit être réparé dès lors que la société Lassab a consenti librement à cette clause, ne l'a jamais contestée, n'a pas souhaité adopter un nouveau contrat en 2004 et que les dirigeants de la société Lassab ont dissimulé à la société ITM Entreprises leur projet d'exploiter provisoirement les magasins des sociétés Lassab et Aspis sous deux enseignes concurrentes pour continuer le plus longtemps possible à bénéficier des informations commerciales sensibles du Groupement des Mousquetaires.

#### Réponse de la cour

Le préjudice invoqué par ITM Entreprises consiste en une perte de chance d'approvisionner un nouveau point de vente dans la zone de chalandise et de conserver la clientèle attachée à l'enseigne.

La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

En premier lieu, si ITM Entreprises est l'entité juridique qui signe les contrats d'enseigne avec les adhérents et anime le réseau, elle n'est pas la société d'approvisionnement du Groupement des Mousquetaires et ne bénéficie donc qu'au travers de sa filiale, de façon indirecte, des marges d'approvisionnement. Son préjudice, à le supposer justifié, ne peut être en tout état de cause équivalent à la perte de chance d'avoir pu bénéficier de la marge d'approvisionnement.

En second lieu, ITM Entreprises ne justifie d'aucune démarche pour implanter un nouveau magasin dans la zone de chalandise. Or, comme le rappelle la société Lassab, la création ab initio d'un nouveau magasin de plus de 1000 m<sup>2</sup> suppose d'une part, l'obtention d'une autorisation émanant de la commission départementale d'aménagement commercial (CDAC), ces démarches prenant a minima 11 mois et d'autre part, une fois cette autorisation obtenue, la construction du magasin. ITM Entreprises n'établit donc pas qu'elle était en mesure d'implanter un nouveau point de vente dans le délai de 12 mois.

ITM Entreprises ne démontre pas plus avoir engagé des discussions avec un magasin déjà existant afin de lui proposer de rejoindre le Groupement des Mousquetaires. Au contraire, alors qu'elle détient une action de préférence dans la société Aspis qui exploite un magasin Eco marché à 15 km du magasin exploité par la société Lassab, elle n'a fait aucune démarche pour racheter les parts appartenant à la famille Lassalle.

Ainsi, ITM Entreprises n'établit pas qu'en raison de la violation de l'article 16 du contrat, elle a perdu une chance d'implanter un nouveau magasin dans la zone de chalandise du magasin exploité par la société Lassab et de l'approvisionner pendant le délai de la clause de non concurrence. L'indemnisation de ce préjudice est donc rejetée.

S'agissant du préjudice lié à la cessation anticipée de l'approvisionnement de la société Aspis, cette demande met en cause la société Aspis qui n'est pas partie à l'instance. Elle a été expressément tranchée par une autre sentence arbitrale rendue le 14 juin 2021 entre les sociétés ITM, Lassab, Aspis et M. et Mme Lassalle. Or, ITM Entreprises ne démontre pas en quoi le préjudice invoqué dans le cadre de cette instance serait différent de celui invoqué dans l'instance arbitrale ayant donné lieu à la sentence du 14 juin 2021 qui l'a déboutée de sa demande d'indemnisation.

Aucun motif tiré de l'équité invoqué par les sociétés ITM ne justifie d'indemniser les préjudices allégués par elles.

Sa demande au titre de l'indemnisation de la clause de non-concurrence est rejetée.

### **Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile**

La société Lassab qui succombe à l'instance est condamnée aux dépens et à verser aux sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest, à chacune, la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Sa demande formée au titre de cet article est rejetée.

### **PAR CES MOTIFS**

Déclare irrecevables comme prescrites les demandes de nullité des articles 10 et 16 du contrat d'enseignement présentées par la société Lassab,

Déclare recevables les demandes de la société Lassab de voir déclarés non écrits les articles 10 et 16 du contrat d'enseignement,

Condamne la société Lassab à payer à la société ITM Entreprises la somme de 639.331,01 euros HT assortie de la TVA en vigueur au jour du paiement,

Rejette la demande de la société ITM Entreprises au titre des préjudices nés de l'inexécution de l'article 16 du contrat,

Condamne la société Lassab à verser aux sociétés ITM Entreprises et ITM Alimentaire Sud Ouest, à chacune, la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette la demande formée par la société Lassab au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société Lassab aux dépens dont distraction au profit de Me Bonaldi-Nut, avocat à la Cour, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

**LA GREFFIERE**

**LE PRESIDENT**