

La justice prédictive, les Big Data, le juge... et l'expert

Suite de la page 18

pect doit être placé en détention provisoire ou non. Curieusement, en France ce type d'outils ne sert pas au pénal, sans doute parce que le «plea bargaining» est encore embryonnaire. Des start-up comme Predictice, Supra Legem ou Case Law Analytics développent des solutions permettant d'anticiper les chances de réussite d'une affaire et les montants d'indemnisation au civil.

La cyberjustice n'est pas la justice prédictive

Le numérique a déjà fait son entrée dans les tribunaux français. La «cyberjustice» (décrite dans un récent rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice - Cejep), consiste notamment à faciliter l'accès à la justice, à améliorer la communication entre les tribunaux et les professionnels du droit, à assister le juge ou encore à administrer les tribunaux (le Rapp pour les avocats). Il faut distinguer cette cyberjustice de la justice prédictive, fille de l'intelligence artificielle, des Big Data et de l'open data. Les deux lois publiées le 23 mars 2019 vont dans le sens du développement de cette cyberjustice.

L'objectif de la justice prédictive est de faciliter le travail des professionnels du droit et de réduire l'aléa judiciaire. Le juriste (l'avocat) doit se concentrer sur sa valeur ajoutée première : conseiller ses clients et faire preuve d'inventivité juridique. En transformant la jurisprudence en données, certaines legaltech offrent une traduction statistique sur laquelle peut se fonder l'avocat pour évaluer les chances de réussite de telle ou telle affaire, pour déterminer la fourchette d'indemnisations accor-

dées dans des affaires similaires par le passé ou encore pour adapter sa stratégie en se servant des arguments qui ont le plus souvent fait mouche. Ces outils ne vont pas condamner à mort les experts judiciaires.

La justice doit-elle être prévisible ? Il faut sauver l'expert !

Si le droit doit permettre une certaine prévisibilité, la justice doit être rendue au cas par cas. Le juge ne peut être soumis à la machine, et ce d'autant plus que les algorithmes utilisés ne sont pas connus et discutés contradictoirement. Le juge aura besoin de l'opinion d'un technicien. Ouf, l'expert sera donc sauvé.

Certes, l'exercice de la profession d'avocat risque de s'en trouver assez profondément modifié. Ce dernier n'aura plus vocation à servir les intérêts de son client mais «avec son

confrère, à trouver une issue apaisée dans l'intérêt commun des deux parties», a pronostiqué Stéphane Dhonte, bâtonnier de l'ordre des avocats du Barreau de Lille.

Une justice prédictive adaptée au droit romano-germanique

L'un des principaux risques posés par la justice prédictive est la substitution de la norme d'application à la règle de droit. Dans un pays de droit écrit, il est problématique de mettre sur le même plan les données juridiques, les caractéristiques premières du litige et les éléments de contexte. «Pour les Big Data, le droit et la jurisprudence sont des faits au même titre que les caractéristiques du dossier ou le tempérament d'un juge», regrette Antoine Garapon. Un autre risque est celui du «précédent» : le juge pourra par exemple observer que 90 %

de ses collègues ont pris telle décision dans tel type d'affaire et ainsi ressentir une pression de faire de même. Or la tradition française est celle de «l'intime conviction».

L'expert éclairé par les Big Data

Toutefois, comme l'expert, les outils d'aide à la décision judiciaire doivent être conçus et perçus comme une aide auxiliaire au processus de décision du juge, permettant de faciliter son travail, et non comme une contrainte. Le juge va rester maître de sa décision.

Il est d'autant plus important que le juge reste maître de la procédure, que les algorithmes utilisés ne sont pas toujours transparents et que se pose la question de la qualité des données qui les alimentent. L'œil de l'expert judiciaire pourra éclairer le juge utilement. ■

QUELQUES SERVICES DÉJÀ PRÊTS AU SERVICE !

Les start-up et éditeurs de documentations juridiques s'engouffrent dans la brèche pour proposer aux professionnels du droit différents types de services :

- estimer le montant des dommages - intérêts, d'une pension, d'une indemnité ou de tout type de prestation à caractère monétaire pouvant être accordé par les juridictions dans certains domaines : bail, divorce, dommage corporel, prestation compensatoire, licenciement, trouble du voisinage... Ce type de service est proposé par Dalloz, les Editions Francis Lefebvre avec «Jurisprudence chiffrée» et par LexisNexis avec «Contentieux de l'indemnisation».
- faire des statistiques sur les chances de gagner une procédure contentieuse, une prévision sur le montant des indemnités qu'il est possible d'obtenir, et les éléments de fait ou de droit qui ont le plus de poids devant les juridictions. C'est ce que propose Predictice¹, une start-up au service des professionnels du droit.
- calculer le risque pour une entreprise d'être condamnée en cas de contentieux liés, par exemple, au licenciement sans cause réelle

et sérieuse ainsi que le montant de l'indemnité. Il s'agit ici de la quantification du risque juridique grâce à l'outil Case Law Analytics². L'un des fondateurs, Jérôme Dupré, a publié un article sur les bénéfices de la justice prédictive³ sur le Village de la Justice. Dans le même domaine, Tyr Legal calcule les chances de succès d'une procédure, propose des études statistiques des décisions de justice en droit social mais aussi d'automatiser une problématique juridique.

- analyser et faire remonter les décisions de justice dans le domaine du droit administratif en fonction des critères de l'utilisateur. Supra Legem permet ainsi de révéler les positions de chaque juge mettant parfois en évidence leur impartialité⁴.
- afficher graphiquement l'état du contentieux, les montants indemnitaires moyens pour un litige, les arguments mobilisés par les juges et les avocats. C'est ce que propose en partie la VI de Doctrine Premium, déjà connu pour son puissant moteur de recherche.

1. www.predictice.com

2. www.caselawanalytics.com

3. www.village-justice.com/articles/Les-benefices-justice-predictive,21523.html

4. www.village-justice.com/articles/impartialite-certains-juges-mise,21760.html

JURISPRUDENCE

Panorama de jurisprudences

LES DERNIÈRES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE FRANCHISE

Étrangement, le contrat de franchise ne fait l'objet d'aucun texte spécifique. Même la fameuse loi «Doubin» du 31 décembre 1989, aujourd'hui codifiée à l'article L. 330-3 du Code de commerce, ne l'évoque pas expressément. Ainsi le droit de la franchise est-il principalement tiré du droit des contrats et de la concurrence. Il est surtout d'origine jurisprudentielle. Inlassablement, il faut donc traquer, puis décrypter les décisions rendues par la Cour de cassation et les juges du fond. Les quelques décisions qui suivent sont issues de la moisson des derniers mois.

Par M^e Monnique Ben Soussen, avocate au Barreau de Paris (BSM Avocats)

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 4, 3 octobre 2018, n° RG 18/11454

Le litige portait très classiquement sur les conditions de validité des clauses restrictives de concurrence stipulées pour la période postérieure à la cessation des relations contractuelles entre le franchiseur et le franchisé.

Manifestement, la cour d'appel a soigné sa motivation. En bonne méthode, elle distingue clause de non-concurrence et clause de non-affiliation. Les deux sont souvent prévues dans un même contrat mais la première est plus restrictive que la seconde en ce qu'elle interdit à l'ancien franchisé d'exercer toute activité similaire à celle faisant l'objet du contrat, alors qu'une clause de non-affiliation lui fait seulement défense d'exploiter son activité sous une enseigne concurrente.

En l'espèce, les magistrats du second degré reconnaissent la validité de la clause de non-concurrence mais annulent la clause de non-affiliation. Celle-ci était en effet beaucoup trop étendue. Couvrant l'intégralité du territoire national, elle s'avérait disproportionnée.

S'agissant en revanche de la clause de non-concurrence, la cour n'y trouve rien à redire. La clause était d'abord concrètement limitée au local d'exploitation de l'ex-franchisé. Elle était ensuite limitée à une durée d'un an à compter de la cessation du contrat, ce qui est «conforme à la pratique et usuellement considéré comme proportionné par la jurisprudence». Enfin, la cour rappelle de manière générale et abstraite qu'«une clause de non-concurrence, en ce qu'elle porte atteinte au principe de la liberté du commerce, doit être justifiée par la protection des intérêts légitimes de son créancier et ne pas porter une atteinte excessive à la liberté de son débiteur, c'est-à-dire être limitée quant à l'activité, l'espace et le lieu qu'elle vise ; elle ne peut, par exemple, empêcher le débiteur d'exercer toute activité professionnelle ; enfin elle doit, au regard de la mise en balance de l'intérêt légitime du créancier de non-concurrence et de l'atteinte qui est apportée au libre exercice de l'activité professionnelle du débiteur de non-concurrence, être proportionnée». Et d'estimer que la clause était bien justifiée et proportionnée.

Seulement, et c'est là que la motivation devient beaucoup plus critiquable, la cour d'appel pose de manière extrêmement générale et dogmatique que «les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence post-contractuelles peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur la possibilité de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité». Que d'hérésies en une phrase !

D'une part, la franchise n'implique aucune exclusivité en droit. D'autre part, l'existence d'un savoir-faire ne devrait pas suffire, en fait, à justifier une clause restrictive de concurrence. Il ne faut pas l'oublier : le principe est la liberté du commerce et la clause restrictive de concurrence apporte à ce principe une exception qui, par définition, appelle la suspicion et l'interprétation restrictive. C'est au franchisé qu'il devrait revenir de prouver l'absolue nécessité de la clause. Il faut en outre y insister : l'exigence d'un savoir-faire s'est délitée avec le temps.

Aujourd'hui, les tribunaux n'exercent pratiquement plus aucun contrôle sur la réalité et la spécificité du savoir-faire invoqué de manière incantatoire par certains franchiseurs. Un peu plus de rigueur de la part des magistrats serait donc la bienvenue et éviterait de créer des situations extrêmement déséquilibrées.

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 4, 20 mars 2019, RG n° 17/09164

Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris rappelle cette règle classique : non seulement la personne qui viole une clause de non-concurrence valable engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du créancier, mais il en va de même de celle qui s'avère complice de cette violation. Il en va ainsi du nouveau cocontractant d'un franchisé lié par une clause de non-concurrence valable, du moins si ce cocontractant connaissait l'existence de l'engagement de non-concurrence.

Le problème tient toutefois au caractère quelque peu erratique de la jurisprudence. Qui peut dire avec certitude que telle clause est va-

Suite page 20

Les dernières décisions en matière de franchise

Suite de la page 19

table ? Et peut-on reprocher à un tiers d'avoir légitimement cru en la nullité de la clause ?

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 4, 13 février 2019, n° RG 16/20542

Cela fait trente ans que le législateur a prévu une obligation d'information à la charge de toutes les têtes de réseaux qui exigent de leurs partenaires un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. L'article L. 330-3 du Code de commerce est l'une des dispositions phares du droit de la franchise qui ne cesse d'alimenter un abondant contentieux. En finira-t-on jamais d'en épuiser les richesses ? Cela paraît douteux. Voici une affaire qui le suggère suffisamment.

En l'espèce, le franchisé se plaignait d'un décalage entre les données du document d'information précontractuelle lui ayant été remis avant la conclusion du contrat et celles du projet dont il poursuivait la réalisation. Comme il arrive parfois, le franchiseur avait développé un même réseau sous la forme de magasins de divers formats, certains plus spécialement adaptés aux centres-villes, d'autres aux centres commerciaux. Or le document litigieux semblait focalisé sur un format particulier alors que le candidat à l'intégration du réseau avait en tête un autre format. Celui-ci invoquait ainsi un vice du consentement de nature à justifier l'annulation du contrat conclu.

Sans remettre en cause l'existence du décalage fustigé par le franchisé, la cour d'appel l'éconduit aux motifs suivants : «même si aucun avenant portant sur la formule Cash Converters City n'a été versé aux débats, il apparaît que dès le choix de son local, d'une superficie de 100 mètres carrés environ, M. ... savait que son contrat de franchise serait exécuté comme un contrat City, et non un contrat classique. C'est ainsi que le 12 mars 2013, il a demandé au responsable du développement du réseau «les coordonnées des franchisés du Nord possesseurs de City», afin de prendre contact avec eux, expliquant avoir besoin d'une idée plus précise du modèle City» (pièce 42 de Cash Converters). C'est en fonction de cet emplacement choisi par lui, validé par le franchiseur, qui ne lui permettait, en raison de sa superficie, que d'opter pour une franchise City, qu'il a établi son propre prévisionnel, soit un chiffre d'affaires de 517.051 euros la première année d'exploitation, 564.055 euros la deuxième, 677.419 euros la troisième (pièce 48 de Cash Converters). A aucun moment, il ne démontre avoir été trompé et avoir réalisé son prévisionnel sur la base des chiffres d'une franchise classique».

En somme, le franchiseur avait remis un document d'information précontractuel inadapté au projet du candidat, mais cela n'a pas la moindre importance dès lors que celui-ci savait à quoi s'en tenir.

La solution se comprend dans la logique adoptée par la Cour de cassation depuis des années : le manquement aux dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne peut fonder une nullité du contrat que si le franchisé établit un vice du consentement dans les conditions du droit commun.

Il n'empêche que cette logique pervertit le but de la loi. Celle-ci impose au franchiseur une obligation. Et en gros la position de la jurisprudence revient à dispenser ce franchiseur d'avoir à exécuter cette obligation toutes les fois que le franchisé pouvait, par lui-même, s'aviser de la supercherie ou des manœuvres orchestrées par le franchiseur. Le monde à l'envers.

Cour de Cassation, Ch. com., 20 fév. 2019, n° 17-20.652

Etre franchiseur ne s'improvise pas. C'est un métier qui génère des obligations. Ainsi le franchiseur doit-il animer le réseau qu'il a mis en place. Mais il doit aussi le défendre contre les immixtions des tiers. Il s'agira notamment d'agir contre les anciens franchisés qui continuent de battre le pavillon de l'enseigne sans droit ni titre. Une action en concurrence déloyale contre le cessionnaire du fonds d'un ancien franchisé peut aussi être intentée, comme en témoigne cet arrêt rendu le 20 février dernier par la Cour de cassation.

L'arrêt ne pose aucune solution nouvelle mais rappelle une spécificité importante de l'action en concurrence déloyale. Fondée sur la responsabilité délictuelle prévue à l'article 1240 du Code civil, cette action devrait en effet normalement requérir la triple preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre l'une et l'autre. Or tel n'est pas vraiment le cas. La jurisprudence estime en effet que la faute implique nécessairement le préjudice.

En l'espèce, la personne contre qui l'action du franchiseur était dirigée se défendait ainsi en contestant l'existence d'un véritable préjudice lié à l'utilisation de signes évoquant le réseau du franchiseur. Or la Cour de cassation balaie l'argument : «l'utilisation illicite par la société Julman des signes distinctifs de ralliement de la clientèle du réseau de franchise «Elephant Bleu», portant atteinte à l'image du réseau, était de nature à causer un préjudice à la société Hypromat, laquelle, en tant que franchiseur,

était fondée à la protéger contre toute banalisation ou altération».

Décidément, la jurisprudence est bien favorable aux franchiseurs. L'un des principes fondateurs du droit, à savoir le lien entre la faute et le préjudice, est ainsi remis en cause.

Cour d'appel de Limoges, 28 janvier 2019, n° 17/01340

On sait que le contrat de franchise est conclu en considération de la personne même des co-contractants. C'est une question de confiance. L'une des conséquences importantes de cette donnée essentielle réside dans l'exigence du consentement des deux parties afin d'autoriser l'éventuelle transmission du contrat.

Mais la question se pose lorsque l'une des parties dépose le bilan et fait l'objet soit d'un redressement, soit d'une liquidation judiciaire. Peut-on alors se passer du consentement des parties ?

L'article L. 642-7 du Code de commerce prévoit que «le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité». Mais le contrat de franchise, s'il peut être nécessaire au maintien de l'activité du franchisé ou du franchiseur, peut-il s'analyser en un contrat de «fourniture de biens ou de services» ? La réponse n'est pas si évidente.

Dans un arrêt du 28 janvier 2019, la Cour d'appel de Limoges y répond toutefois clai-

rement par l'affirmative. Le contrat de franchise, posent les magistrats d'appel, «qui se caractérise essentiellement par la transmission d'un savoir-faire original, substantiel et secret effectué par une assistance technique et commerciale et l'octroi d'un droit d'user d'une marque tout au long de l'exécution du contrat moyennant le paiement d'une redevance, relève de la catégorie des contrats de fourniture de biens ou de services prévue par l'article L. 642-7, dont il n'est pas exclu et qui ne s'entend pas des seuls contrats de fourniture au bénéfice du débiteur». Et les juges ajoutent que le caractère intuitu personae du contrat de franchise «ne fait pas obstacle par nature à une substitution de co-contractant dans le cadre de la procédure collective du franchiseur par l'effet d'un plan de cession des actifs aux termes duquel les contrats de franchise sont inclus dans le périmètre de la cession». Car en l'espèce, c'était le franchisé qui avait fait déposer le bilan.

La solution appelle la plus grande vigilance. Les franchisés ne sauraient en effet pâtir d'une cession de contrat imposée par la justice. A supposer que le contrat soit cédé, il doit en tout cas être exécuté dans les mêmes conditions. Un changement de partie ne doit pas se traduire par un changement de conditions. ■

@

Lire l'intégralité des jurisprudences citées dans l'article sur largusdelenseigne.com

JURISPRUDENCE

Casino - Carrefour ; Weldom - Mr. Bricolage TIERCE COMPLICITÉ ET FRANCHISE : TEL EST PRIS QUI CROYAIT PRENDRE¹

La cherté des emplacements et des bons partenaires poussent parfois les enseignes à déborder le trait. Dans deux affaires opposant des leaders, en l'occurrence Casino à Carrefour et Weldom à Mr Bricolage, on voit bien que «Patience et longueur de temps font plus que force ni que rage»². Car en voulant à tout prix accélérer le mouvement, le réseau repreneur encourt tout bonnement la condamnation pour complicité. C'est ce que rappelle la Cour d'appel de Paris qui considère comme fautifs, non seulement le franchisé, mais aussi son nouveau franchiseur – l'un et l'autre trop pressés.

Par M^e Rémi de Balmann, avocat-associé (D, M & D),
coordinateur du Collège des experts de la Fédération française de la franchise

Le Code de déontologie européen de la franchise les y invite ! Les franchiseurs doivent «utiliser tous les moyens raisonnables (...) pour empêcher toute utilisation illicite du savoir-faire, en particulier par des réseaux concurrents qui pourraient porter préjudice aux intérêts du réseau» (point 2.2. h). D'où, sur le plan juridique, le recours notamment aux clauses de non-concurrence et de non-affiliation, pendant et après la cessation des relations contractuelles. Clauses dont on sait qu'elles entravent peu ou prou la liberté des franchisés mais qu'elles sont souvent une indispensable barrière contre un transfert illicite de savoir-faire. L'intérêt de telles clauses n'est donc plus à prouver.

Il n'en est que plus regrettable de devoir constater que, trop souvent, des franchiseurs eux-mêmes si «chatouilleux» lorsqu'il s'agit de protéger leur savoir-faire, se livrent sans

vergogne à un brigandage digne des Brabançons, Malandrins et Cotereaux du Moyen-Âge. La justice veille toutefois à rétablir et maintenir la morale la plus élémentaire qui veut que «l'on ne doit pas faire à autrui ce que l'on ne voudrait pas qu'on nous fasse»³.

Il faut savoir résister à la tentation... Sauf à risquer pour un franchiseur d'être condamné pour tierce complicité, in solidum avec le franchisé coupable d'avoir enfreint sans motif valable ses obligations à l'égard du réseau dont il était membre.

Nouvelle illustration avec les deux arrêts de la Cour d'appel de Paris des 6 et 20 mars 2019.

Dans l'espèce ayant conduit à l'arrêt du 20 mars 2019 et pour tenter d'échapper au grief de violation de l'obligation de non-concurrence pendant le contrat et de ral-

liement à un réseau concurrent, le franchisé faisait valoir qu'il ne pouvait avoir été lié par «une obligation de non-concurrence pendant une durée de huit ans, ce qui (serait) contraire aux principes du droit européen». A suivre ce raisonnement, tous les franchisés bénéficiant de contrats de plus de cinq ans pourraient dès la sixième année cumuler allégrement leur appartenance à un réseau et leur adhésion à un réseau concurrent !...

La cour d'appel de Paris ne s'est évidemment pas laissé abuser par cette argutie qu'elle a balayée en jugeant que si la durée de la clause de non-concurrence a plus de cinq ans, «il n'en résulte pas qu'elle soit pour autant contraire au droit de la concurrence mais seulement que (cette clause) ne peut bénéficier de l'exemption automatique du règlement sur les restrictions verticales».

Suite page 21