

Chronique Droit de la Distribution

N°77-78 - 15 juillet - 15 septembre 2006

En partenariat avec

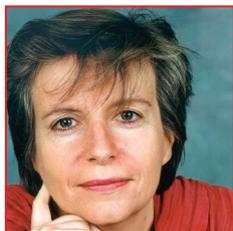
DECIDEURS
STRATEGIE FINANCE DROIT

Le point sur...

Réseaux de distribution : quid de la possibilité en fin de contrat de se réaffilier à un réseau concurrent ?

PAR VALÉRIE LEDOUX, AVOCAT ASSOCIÉE, ET CLÉMENT TOURNAIRE, AVOCAT

RACINE



VALÉRIE LEDOUX,
AVOCAT ASSOCIÉE



CLÉMENT TOURNAIRE,
AVOCAT

Extrait du magazine
Décideurs N°77-78 :
15 juillet
15 septembre 2006

DECIDEURS
STRATEGIE FINANCE DROIT

ENRICHISSEZ VOTRE STRATEGIE D'UNE DIMENSION FINANCIERE ET JURIDIQUE

1^{RE} ETUDE DE MARCHÉ

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS
Le temps du retournement est arrivé



Cas pratiques, analyses, statistiques, fonds de retournement, banquiers, conseils et administrateurs judiciaires, classements des avocats.

2^{ME} ETUDE DE MARCHÉ

CONTENTIEUX
Attaquer, défendre ou esquiver ?



Les meilleurs avocats en contentieux : haut de bilan & contentieux boursier, risques industriels, product liability...

OPÉRATION DU MOIS
Eurotunnel : le bout du tunnel n'est pas garanti
EXCLUSIF
LA CARTOGRAPHIE DES NÉGOCIATIONS, DES ACTEURS, DES CONSEILS
EURO TUNNEL p.6

FINANCE p.18
Fusions-Acquisitions
Capital venture
Capital investissement

CHRONIQUES
Droit de l'environnement
Droit social
Procédure civile
Arbitrage international
Droit de la concurrence
Droit bancaire
Droit de la distribution
Procédure d'insolvabilité
Droit des procédures collectives

Inclus dans ce numéro

OPÉRATEUR DES CONSEILS EN CONTENTIEUX & RESTRUCTURATIONS

Réseaux de distribution : quid de la possibilité en fin de contrat de se réaffilier à un réseau concurrent ?

Apparue dans de nombreux contrats dans le cadre des réseaux de distribution à la suite de la remise en cause par la jurisprudence des clauses classiques de non-concurrence, la clause dite de « non-réaffiliation » pose la question de la conciliation difficile des intérêts divergents de la « tête de réseau » et des membres quittant le réseau.

Traditionnellement, les clauses de non-concurrence post-contractuelles limitées d'une part quant à l'activité interdite, d'autre part dans le temps et l'espace, étaient reconnues valables. La jurisprudence considérait en effet que de telles clauses ne portaient pas atteinte à la liberté du travail et du commerce.

Un revirement jurisprudentiel a été initié par un arrêt de la Cour de cassation de 1994, qui a ajouté une condition de validité à la clause de non-concurrence post-contractuelle : la proportionnalité¹. Ainsi, pour être valable, une telle clause doit désormais être proportionnée aux intérêts légitimes du créancier de la clause au regard de l'objet du contrat².

La remise en cause des clauses classiques de non-concurrence

Cette évolution jurisprudentielle a conduit les fournisseurs « têtes de réseau » – et notamment les franchiseurs – à adapter les clauses de non-concurrence post-contractuelles de leurs contrats, de crainte de voir ces clauses classiques systématiquement annulées pour défaut de proportionnalité avec leurs intérêts légitimes.

En effet, dès lors qu'il est admis que la clientèle locale appartient au franchisé³, lui interdire d'exercer son activité sous quelque forme que ce soit, même pendant une durée limitée, dans sa zone de chalandise, constitue une entrave à la liberté du commerce qui semble disproportionnée par rapport aux intérêts légitimes du franchiseur. Ce raisonnement paraît transposable à tous types de réseaux de distribution.

Aujourd'hui, il est donc rare de trouver dans de tels contrats des clauses classiques de non-concurrence. A leur place, sont apparues en nombre les clauses dites de non-affiliation, ou de non-réaffiliation.

Ces clauses autorisent le débiteur de l'obligation à continuer l'exercice de la même activité à la fin du contrat, à condition que ce ne soit pas en adhérant à un réseau concurrent de celui qu'il vient de quitter.

Il ne fait aujourd'hui aucun doute – même si la question a été débattue – que les clauses de non-réaffiliation sont des clauses de non-concurrence, et par conséquent sont soumises aux mêmes conditions de validité.

Les conditions de validité de la clause de non-réaffiliation

Les conditions de limitation quant à l'activité interdite, le temps et l'espace

Les clauses de non-réaffiliation sont soumises à la triple limitation dans l'activité, le temps, et l'espace.

Ces trois conditions ne posent généralement pas de difficultés.

En pratique, les « têtes de réseau » rédigent les clauses de non-réaffiliation de leurs contrats de manière à respecter les conditions d'exemption posées par l'article 5b du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 : limitation de l'interdiction (i) aux biens ou services en concurrence avec les biens ou services contractuels (ii) à une durée d'un an à compter de la fin du contrat, et (iii) aux locaux ou terrains d'où opérait l'ancien membre du réseau.

La principale difficulté est que l'obligation de non-réaffiliation...

La Cour de cassation a d'ailleurs rejeté le pourvoi formé contre une décision reconnaissant la validité d'une clause de non-réaffiliation, au motif que la Cour d'appel a justement considéré que la clause répondait aux conditions posées par le Règlement d'exemption⁴, et qu'au surplus la clause n'interdisait pas la poursuite de l'activité sous une enseigne autre que de renommée nationale ou régionale⁵.

Toutefois, la validité de la clause dans le cadre des relations bipartites entre la « tête de réseau » et le membre du réseau n'est pas subordonnée au respect des critères d'exemption définis par les Règlements communautaires. En effet, ces critères conditionnent l'exemption de la clause de non-concurrence post-contractuelle au titre du droit des ententes, et non pas la validité de la clause au titre du droit commun. Une clause ne respectant pas ces critères ne saurait donc être déclarée automatiquement nulle dans le cadre des relations entre les parties.

La condition de proportionnalité

Cette condition de validité soulève plus de difficultés que celles évoquées précédemment.

La clause interdisant la réaffiliation à un réseau concurrent peut paraître à première vue proportionnée aux intérêts légitimes de la « tête de réseau » puisque l'ancien membre du réseau conserve la liberté d'exercer à titre individuel son activité sur sa zone de chalandise dès la fin du contrat. Ainsi, elle protège d'une part les intérêts de la « tête de réseau » car l'ancien membre du réseau, ne bénéficiant pas de la puissance d'un réseau concurrent, ne lui fait pas une concurrence ardue, et d'autre part les intérêts de l'ancien membre du réseau, car ce dernier ne perd pas automatiquement sa clientèle.

La Cour de cassation se prononce d'ailleurs en ce sens, considérant que la clause de non-réaffiliation est valable car elle n'interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique⁶.

L'appréciation *in concreto* de la validité de la clause de non-réaffiliation

Toutefois récemment, deux cours d'appel ont été amenées à nuancer cette analyse, en appréciant *in concreto* l'intérêt de la « tête de réseau »⁷.

Dans ces espèces où il s'agissait de franchise de distribution alimentaire, la « tête de réseau » cherchait à justifier la clause de non-réaffiliation incluse dans ses contrats par la nécessité de protection de son savoir-faire.

La Cour d'appel de Rennes a cependant considéré que la clause de non-réaffiliation stipulée dans le contrat de franchise « ne tend pas à la protection d'un savoir-faire substantiel et identifié, le savoir faire transmis par [la « tête de réseau »], qui n'est d'ailleurs pas décrit, étant généralement

connu, en tout cas facilement accessible ».

Elle a considéré en outre que cette clause visait « exclusivement à protéger un territoire et assurer la reconstitution locale du réseau en empêchant le franchisé de s'affilier à un autre réseau afin de bénéficier de l'expérience et de la notoriété de celui-ci ». Ainsi selon la Cour d'appel de Rennes, protéger un territoire le temps d'y installer un successeur au membre quittant le réseau n'est pas un intérêt légitime justifiant une obligation de non-réaffiliation, mais constitue « une entrave à la libre concurrence et un avantage pour le franchiseur sans aucune contrepartie, même si le franchisé conserve la possibilité d'exercer le commerce en dehors de toute enseigne préexistante ».

La Cour a donc prononcé la nullité de la clause de non-réaffiliation qui lui était soumise. De la même façon, la Cour d'appel de Caen a déclaré nulle une clause de non-réaffiliation, considérant que « l'exploitation pendant un an du fonds de commerce sans enseigne d'importance nationale ou régionale et sans possibilité de vendre les marchandises y étant liées, [pouvait] être très difficile et aboutir en fait à la disparition du point de vente ». Pour la Cour d'appel de Caen, une telle clause n'est donc pas justifiée par la protection d'un intérêt légitime du franchiseur et constitue en conséquence une atteinte illégitime au libre jeu de la concurrence.

La principale difficulté est que l'obligation de non-réaffiliation peut en pratique empêcher l'ancien membre du réseau de poursuivre l'exercice de son activité. En effet, au-delà de la forte attraction de clientèle qu'ils génèrent du fait de la notoriété de leur marque, de nombreux réseaux permettent à leurs membres d'obtenir des conditions commerciales très favorables, notamment d'importantes remises quantitatives, qui ne peuvent être atteintes en exerçant son activité sans affiliation à une centrale d'achats. Sans le bénéfice de telles remises, et du soutien du réseau d'une façon générale, le débiteur de l'obligation de non-réaffiliation sera en pratique voué à disparaître.

Une impossible conciliation d'intérêts ?

La clause de non-réaffiliation ne semble donc

pas être la réponse idéale et générale à la conciliation des intérêts divergents de la « tête de réseau » et des membres quittant le réseau. La première a en effet intérêt à empêcher toute affiliation à un réseau concurrent, le second, pour ne pas disparaître, peut se trouver, économiquement parlant, tenu de s'affilier à un autre réseau.

« ... peut en pratique empêcher l'ancien membre du réseau de poursuivre l'exercice de son activité »

C'est cette apparente impossibilité de conciliation d'intérêts qui a conduit certains auteurs⁹ à considérer que la clause de non-réaffiliation ne devrait être validée qu'à la condition qu'elle stipule une contrepartie financière au bénéfice du membre sortant du réseau. La Cour de cassation s'est cependant jusqu'à présent refusée à effectuer un tel raisonnement en matière commerciale. Toutefois, certains indices montrent qu'il n'est peut-être pas exclu qu'elle adopte demain une telle position : (i) son arrêt du 27 mars 2002⁹ reconnaissant que la clientèle appartient localement au franchisé, (ii) la jurisprudence précitée de certaines juridictions du fond, (iii) les arrêts de la Chambre sociale du 10 juillet 2002¹⁰ érigeant la contrepartie financière



VALÉRIE LEDOUX, AVOCAT ASSOCIÉE



CLÉMENT TOURNAIRE, AVOCAT

en condition de validité de la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail. En outre, se pose la question des conséquences du prononcé de la nullité d'une clause de non-réaffiliation, alors que celle-ci a été scrupuleusement respectée par l'ancien membre du réseau. En matière sociale, la Cour de cassation a récemment affirmé que « le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue »¹¹.

Si la Cour de cassation adoptait la même position en matière commerciale, les conséquences pourraient être lourdes pour les « têtes de réseau ». Toutefois, une telle évolution n'est pas évidente dans la mesure où la situation du commerçant indépendant n'est pas assimilable à celle du salarié.

¹ Cass. Com., 4 janvier 1994, Bull. civ. IV, n° 4

² Par exemple, Cass. Com., 1er juillet 2003, n° 02-11.381

³ Cass. 3ème civ., 27 mars 2002, Bull. civ. III, n° 77

⁴ En l'espèce l'article 351c du Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, applicable à l'époque des faits.

⁵ Cass. Com., 22 février 2000, n° 97-15.560

⁶ Cass. Com., 22 février 2000, précité ; Cass. Com., 17 janvier 2006, Bull. civ. IV, n° 9

⁷ CA Rennes, 2ème Ch. Com., 23 mars 2004, PRODIM / ANDIS ; CA Caen, 1ère Ch, 29 septembre 2005, Epoux BATARD / PRODIM

⁸ Notamment Christophe Jamin, Clause de non-concurrence et contrat de franchise, D. 2003, Chroniques, p. 2878

⁹ Cass. 3ème civ., 27 mars 2002, précité

¹⁰ Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts), Bull. civ. V, n° 239

¹¹ Notamment Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 03-46.933 ; Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546



LES POINTS CLÉS

- Une clause de non-concurrence post-contractuelle doit être limitée dans le temps et l'espace.
- Elle doit également être proportionnée aux intérêts légitimes du créancier de l'obligation, appréciation qui s'effectue *in concreto*.
- La protection du savoir-faire de la « tête de réseau » ne justifie pas toujours l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent.

SUR LES AUTEURS

L'équipe animée par Valérie Ledoux et Bruno Cavalié a une pratique reconnue en droit de la concurrence interne et communautaire (concentrations, pratiques anticoncurrentielles) et en droit de la distribution, ainsi qu'en conseil et contentieux dans le domaine des relations commerciales (transparence tarifaire, contentieux de la rupture, ...), de la contrefaçon, et de la concurrence déloyale.