



**HAL**  
open science

# NOUVELLES PRÉCISIONS SUR LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE POST-CONTRACTUELLE DE NON-RÉAFFILIATION

Christophe Broche

► **To cite this version:**

Christophe Broche. NOUVELLES PRÉCISIONS SUR LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE POST-CONTRACTUELLE DE NON-RÉAFFILIATION. Les Petites Affiches, 2013. hal-01479463

**HAL Id: hal-01479463**

**<https://univ-smb.hal.science/hal-01479463v1>**

Submitted on 6 Mar 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# NOUVELLES PRÉCISIONS SUR LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE POST-CONTRACTUELLE DE NON-RÉAFFILIATION

Commentaire de l'arrêt du 31 janvier 2012  
(Cass. com. 31 janvier 2012)

Par Christophe Broche  
Docteur en droit. Chargé de cours à l'Université de Savoie

La Chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rendre une décision intéressante dans le domaine des clauses post-contractuelles de non réaffiliation, clause par laquelle un réseau impose à ses ex-adhérents des restrictions dans leur liberté d'adhérer à un réseau d'enseigne concurrent. Cet arrêt qui a reçu les honneurs de la publication éclaire le régime de ces clauses. Suffira-t-il à rassurer les professionnels du franchisage ?

A l'origine, un cas d'espèce aux faits somme toute classique. Une société exerçant l'activité d'agence immobilière décide d'adhérer à un réseau d'agences. Le contrat prévoyait une clause de non-réaffiliation. Elle donne sa démission le 30 novembre 2006. En mars 2007, l'agence démissionnaire adhère à un autre réseau.

Estimant que cette nouvelle adhésion viole la clause de non-réaffiliation contenue dans le contrat, le franchiseur assigne l'agence et lui réclame le versement de dommages et intérêts.

Le 21 juillet 2009, le tribunal de Manosque déboute la société demanderesse de ses prétentions. Le franchiseur interjette appel. Dans un arrêt du 20 octobre 2010, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence contredit les premiers juges et condamne l'ancien adhérent au paiement de 20 000 € à titre de dommages et intérêts. Ce dernier décide alors de se pourvoir en cassation en invoquant l'illicéité de la clause. L'absence d'une contrepartie financière violerait le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et, ce faisant, l'article 1131 du Code civil. La question posée aux juges suprêmes était simple : à l'instar d'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail, la licéité d'une clause de non réaffiliation est-elle subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière ?

La Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2012 répond par la négative et rejette le pourvoi. Les Hauts magistrats valident le raisonnement de la Cour d'appel qui avait considéré que « *la clause d'interdiction d'adhérer à un réseau d'agences immobilières pendant une durée d'une année en exerçant son activité dans les mêmes locaux que précédemment est limitée dans le temps et l'espace ; [...] qu'elle est en outre justifiée et proportionnée aux intérêts de la société Socorpi ; [...] que cette clause n'a pas pour effet d'interdire à l'adhérent toute activité d'agence immobilière, mais le contraint à ne pas adhérer pendant un an à un nouveau réseau ou à déplacer le siège de son activité en cas d'adhésion immédiate à un autre réseau ; qu'en l'état de ces constatations et observations, la cour d'appel, a exactement déduit que cette clause de non réaffiliation qui n'avait pas à être rémunérée était licite* ».

Cette décision bienvenue est remarquable par le double éclairage qu'elle apporte quant au régime de la clause de non réaffiliation. Elle intervient dans un climat d'incertitude à l'intérieur duquel ne sont guère à l'aise, on s'en doute, les franchiseurs comme les franchisés. Il était donc nécessaire que la jurisprudence adopte une position nette tant en ce qui concerne

les conditions exigées pour la validité de ces clauses (I) que sur le problème plus particulier de leur rémunération (II)

I. La clause de non réaffiliation est présentée comme ayant un objet différent et *a priori* moins restrictif qu'une clause de non-concurrence. Cette spécificité avait déjà été mise en avant par les juges qui relevaient qu'une telle clause n'interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique<sup>1</sup>. La clause vise en effet à restreindre uniquement la liberté du débiteur de s'affilier à un réseau concurrent. Dès lors, présentée comme étant moins contraignante dans son objet que la clause de non-concurrence, ses conditions de validités étaient susceptibles d'être appréciées avec plus de souplesse<sup>2</sup>. Cela dit, le régime demeurait sensiblement le même que celui d'une clause de non-concurrence. La clause de non-réaffiliation devait être limitée dans le temps et dans l'espace, être nécessaire à la protection des intérêts légitimes du franchiseur, en particulier la préservation de son savoir-faire, et ne pas priver l'ancien franchisé de toute possibilité concrète de poursuivre son activité. Les hauts magistrats ont fait application de ces critères soit pour reconnaître la validité d'une clause de non-réaffiliation<sup>3</sup>, soit pour la contester<sup>4</sup>.

Cependant, un arrêt du 28 septembre 2010 est venu semer le trouble en affirmant, dans un attendu aux allures de principe, que « *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* », qu'en conséquence, il ne fallait pas soumettre aux conditions de validités de l'une la licéité de l'autre.

Un auteur a pu déduire de cette décision que « *la non-réaffiliation échappe au régime de la non-concurrence* »<sup>5</sup>. Il est vrai que le choix du fondement, l'article 1134 du Code civil, laissait planer un doute sur le régime applicable à une clause qui, du rôle de simple déclinaison d'une clause de non-concurrence, semblait devenir autonome par rapport à cette dernière. Cette décision fut accueillie assez froidement par la doctrine qui reprochait notamment aux juges suprêmes d'adopter une position cartésienne en fondant la distinction sur son objet plus que sur ses effets<sup>6</sup>, ainsi que par l'autorité de la concurrence qui, ayant été amené à se prononcer sur le caractère restrictif d'une telle clause, avait reconnu que dans ses effets, celle-ci pouvait être assimilée à une clause de non-concurrence dès lors que « *l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation d'un fonds de commerce en compromettant sa rentabilité* »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> V. par ex. Cass. com., 17 janv. 2006, n° 03-12382, JurisData n° 2006-031799 ; D. 2006. AJ. 498, obs. E. Chevrier ; Contrats conc. consom. comm. n° 67, obs. M. Malaurie-Vignal ; Cass. com., 22 févr. 2000 : JurisData n° 2000-000776 ; Contrats conc. consom. comm. n° 92, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2001, chron. p. 370, obs. J. Raynard

<sup>2</sup> D. 2009, p. 1441, obs. Y. Serra.

<sup>3</sup> Cass. com., 17 janvier 2006, n° 03-12382.

<sup>4</sup> Cass. com., 10 janvier 2008, préc.

<sup>5</sup> J. Raynard, « *Technique contractuelle* », JCP E., n° 51, 2134.

<sup>6</sup> JCP. E, n° 43, 1943, note N. Dissaux

<sup>7</sup> Aut. conc. Décision n° 11-D-03 du 15 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais.

Le présent arrêt a pour mérite d'éclairer les zones d'ombre laissées par la décision du 28 septembre 2010. Les juges confirment les solutions habituellement retenues quant au régime de la clause de non-réaffiliation qui rejoint pour l'essentiel celui des clauses de non-concurrence<sup>8</sup>. Ainsi, une clause de non-réaffiliation est valable si elle est limitée dans le temps et dans l'espace, justifiée et proportionnée aux intérêts de son créancier et qu'elle n'a en outre pas pour effet d'interdire à l'adhérent toute activité.

On peut regretter d'emblée le silence des hauts magistrats s'agissant du « savoir-faire » parfois exigée par les tribunaux pour admettre la licéité de ces clauses<sup>9</sup>. Sans doute les juges ont-ils estimé cette condition remplie à travers la mise en évidence d'un intérêt légitime du franchiseur. Mais, quitte à faire état des conditions générales de validité de la clause de non-réaffiliation, ils auraient pu profiter de l'occasion pour lever toute ambiguïté sur la signification de cette notion au regard du particularisme des réseaux de franchise et en préciser le contenu. Cette question est d'autant plus délicate que cette condition est la première à devoir être appréciée par les juges<sup>10</sup> et que le « savoir-faire » auquel elle est sensée renvoyer est de moins en moins spécifique et original. Réduite à un simple contenant, cette clause peut aisément devenir une clause visant à dissuader le franchisé de quitter le réseau<sup>11</sup>. Ce que l'autorité de la concurrence n'avait d'ailleurs pas manqué de souligner en relevant que la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non concurrence ne répondent pas aux conditions de nécessité et de proportionnalité<sup>12</sup>.

Le rapprochement du régime de la clause de non-réaffiliation avec celui de la clause de non concurrence n'est guère surprenant tant il paraissait évident que c'est dans ses effets que doit s'apprécier une clause restrictive de concurrence quelle que soit sa dénomination. Pragmatique, cette solution suppose que la validité d'une telle clause soit mesurée à la lumière de ses conséquences sur l'équilibre entre les intérêts du créancier (le franchiseur) et ceux de son débiteur (l'ex franchisé). L'analyse de la disproportion dans ce rapport exclue une approche dogmatique et nécessite au contraire une pesée concrète des intérêts. Plusieurs remarques peuvent néanmoins être formulées.

S'agissant de la nature de la clause, que celle-ci présente certains traits qui la distinguent de la clause de non concurrence, notamment en ce qu'elle se contente de restreindre uniquement la liberté d'affiliation à un autre réseau, on peut l'admettre. Pour autant, il ne faut pas accorder à cette distinction une importance démesurée dès lors que c'est dans sa mise en œuvre que se mesure le degré de restriction. De ce point de vue, la différence s'estompe<sup>13</sup>. La nature de ces clauses comme la qualification qui en est donnée par les parties au contrat importe peu.

---

<sup>8</sup> En ce sens, Cass. com. 17 janv. 2006, préc.

<sup>9</sup> Cass. com. 10 janvier 2008, Contrats, conc. consom. Comm. 2008, n° 71, obs. Malaurie-Vignal ; Cass. com., 20 mai 2008, D. 2009, pan. 1442, obs. Picod. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Versailles qui avait refusé à un franchiseur d'ordonner la dépose d'une enseigne concurrente au motif que « *l'originalité de son savoir-faire n'était pas établie avec certitude, que l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent faite au franchisé n'était pas proportionnelle à la sauvegarde des intérêts légitimes du franchiseur* »

<sup>10</sup> Cass. com., 18 septembre 2002, Bull. civ. V, n° 273 ; D. 2002, jur. p. 3229, note Y. Serra, P.A., 25 mars 2003, n° 60, p. 13, note F. Jault.

<sup>11</sup> Un auteur note que « *Les pratiques constatées dans les relations d'affiliation entre les commerçants affiliés et les groupes de distribution mettent en lumière des dispositifs qui ont pour finalité de dissuader l'affilié de sortir du réseau. Les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié font partie de ces dispositifs* », D. 2011, p. 2961, obs. Y. Serra.

<sup>12</sup> Aut. conc., avis, 7 décembre 2010, n° 10-A-26, D. 2011, 540, obs. D. Ferrier ; D. 2011, p. 2961, obs. Y. Serra.

<sup>13</sup> Aut. conc. Décision n° 11-D-03 du 15 février 2011, préc. ; E. Chevrier, D. actualités, 1 mars 2011.

Si on se place sur le plan du résultat produit, on peut même se demander si, dans certains cas, il n'y aurait pas plus de différence entre certaines clauses de non-concurrence, qu'il n'y en aurait entre celles-ci et la clause de non-réaffiliation. L'interdiction de réaffiliation ne vise pas moins à limiter la concurrence. La concurrence d'un franchiseur ne provient-elle pas pour l'essentiel de l'activité d'un autre franchiseur ? Ces deux clauses ne se définissent donc pas par leur nature, mais par l'intensité de l'atteinte susceptible d'être portée aux intérêts du franchisé<sup>14</sup>. Mais cette différence est-elle bien réelle ?

On se méfiera par exemple de la précision selon laquelle la clause litigieuse ne doit pas avoir « ... *pour effet d'interdire à l'adhérent toute activité d'agence immobilière* ». On sait qu'il s'agit là d'une exigence de fond et non de forme, commune à toutes les clauses restrictives de concurrence et qui commande de se placer sur le terrain de l'effet produit par la clause pour apprécier la possibilité laissée à l'ancien franchisé d'exercer son activité. Or, selon le secteur envisagé, l'exercice de l'activité ne peut se faire autrement que par l'adhésion à un autre réseau<sup>15</sup>. Dès lors, pour que dans une telle hypothèse la clause ne soit pas illicite, la possibilité d'exercer une activité devrait pouvoir s'apprécier au regard de la faculté dont dispose l'ancien adhérent de se réaffilier. Ce que les juges du fonds, en l'espèce, n'ont semble-t-il pas hésité à faire en relevant que la clause autorisait le débiteur à adhérer immédiatement à un autre réseau à condition que celui-ci déplace le siège de son activité.

Le présent arrêt s'inscrit ainsi dans la lignée d'une jurisprudence qui prône que l'exercice d'une activité par l'ex-affilié ne doit pas être purement formel<sup>16</sup>. Ce qui implique d'apprécier *in concreto* une telle possibilité. En pratique, la rédaction de ces clauses risque d'être un véritable casse tête pour les professionnels.

**II.** Les doutes qui pesaient sur les conditions générales de validité de la clause de non-réaffiliation étant levés, il restait à se demander si une telle clause devait ou non être rémunérée. On sait, depuis les célèbres arrêts de la chambre sociale rendu le 10 juillet 2002<sup>17</sup>, que la clause post-contractuelle de non-concurrence insérée dans un contrat de travail doit, pour être valide, comporter une contrepartie financière.

La portée de cette solution était devenue plus obscure depuis l'arrêt rendu par la chambre commerciale, le 15 mars 2011<sup>18</sup>. Au visa du principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article 1131 du Code civil relatif à la cause de l'obligation, les juges avaient invalidé une clause de non concurrence au motif qu'elle n'était assortie d'aucune contrepartie financière. Or, le débiteur de la clause était certes salarié de la société mais en était également l'actionnaire. Il était donc légitime de se demander si les juges

---

<sup>14</sup> En ce sens, Ph. Le Tourneau, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz, 2011-2012, n° 925-1 ; Y. Picod, D. 2009, p. 1441.

<sup>15</sup> En ce sens, JCP. E. 2010, n° 51, 2134, obs. J.-B. Seube.

<sup>16</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 janv. 2008, n° 07-13.558, CCC mars 2008, n° 71, obs. M. Malaurie-Vignal ; V. antérieurement Com. 18 déc. 2007, n° 05-21.441 et n° 06-10.381, Juris-Data, n° 042105 ; D. Ferrier, D. 2009, p. 2888.

<sup>17</sup> Soc. 10 juillet 2002 [3 arrêts], n° 99-43.334, n° 00-45.135 et n° 00-45.387, D. 2002. 2491, note Y. Serra ; R.T.D. civ. 2003. 58, obs. J. Hauser ; J.C.P. 2002. II. 10162, note F. Petit.

<sup>18</sup> Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-13.824, D. 2011. 943, obs. B. Ines, 1261, note Y. Picod, et 2758, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2011. 620, note L. Godon ; R.T.D. civ. 2011. 348, obs. B. Fages ; R.T.D. com. 2011. 361, obs. A. Constantin ; CCC 2011, n° 138, note M. Malaurie-Vignal ; J.C.P. 2011. 692, note F. Khodri ; JCP E 2011. 1409, note B. Couret et B. Dondero.

n'avaient pas amorcé un mouvement de généralisation de l'exigence d'une contrepartie financière à toute clause post-contractuelle restrictive de concurrence.

Dès lors, cette question devait naturellement se poser s'agissant de la clause de non-réaffiliation. En l'espèce, l'ancien franchisé l'a bien compris et n'a pas hésité à faire valoir dans son pourvoi qu'« ...une clause de non-concurrence, tout comme la clause de non-réaffiliation n'est licite que si elle comporte l'obligation pour son bénéficiaire de verser au débiteur de l'obligation de non-concurrence une contrepartie financière ». La réponse des juges est sans équivoque : « *la clause de non-réaffiliation n'a pas à être rémunérée* ». A s'en tenir à une analyse purement formelle de la clause, la solution pouvait sembler aller de soi. Dès lors qu'on admet que les clauses de non-concurrence insérées dans les contrats autres que les contrats de travail n'ont pas à être rémunérées, *a fortiori*, ne doivent pas l'être, celles présentées comme étant moins restrictives de concurrence. Cette présentation simpliste ne peut évidemment pas convaincre. Outre le fait qu'une telle solution n'était pas acquise pour les clauses de non-concurrence *stricto sensu*, la clause de non-réaffiliation peut dans ses effets pénaliser considérablement le franchisé dans l'exercice de son activité. Mais surtout, la relation qui unit le franchiseur avec le franchisé présente certaines similitudes avec celle qui unit l'employeur au salarié. L'économie du contrat de franchise place le franchisé dans un état de dépendance<sup>19</sup> qui ne lui laisse que peu de liberté pour négocier les conditions de l'après contrat.

Cette inégalité structurelle étant constatée, il n'est pas certain pour autant que l'insertion d'une contrepartie financière soit la panacée et une garantie d'égalité entre les parties dans l'après contrat de franchise. Elle peut au contraire avoir un effet pervers en invitant les magistrats à être moins regardant sur les autres circonstances susceptibles d'affecter la situation de l'ancien affilié. Sans être insurmontable, se pose également l'épineuse question de son montant et de son fondement juridique.

Il est vrai que la contrepartie financière pourrait trouver sa cause dans l'existence d'un préjudice subi par le franchisé. Il ne faut cependant pas perdre de vue que si, pour être valide, la clause de non-réaffiliation doit maintenir un certain rapport de proportionnalité entre les intérêts des parties, celui-ci ne s'identifie pas à un utopique rapport de parfait équilibre. Mieux, ce qui doit être recherché par les magistrats, c'est le « *déséquilibre significatif* », conformément à l'article L. 442-6 1.2 de la loi LME de 2008<sup>20</sup>. C'est donc l'anormalité qui est condamnable. Or, tout déséquilibre en lui-même est nécessairement pourvoyeur d'une perte, mais d'une perte « licite » de sorte que seule la perte résultant de l'excès dans le déséquilibre entre les intérêts est susceptible de constituer un préjudice.

En dehors de ce déséquilibre significatif, la question de l'exigence d'une contrepartie à la clause de non-réaffiliation revient donc à se demander si la perte subie par le franchisé ou la concession faite par lui sur sa liberté d'exercer son activité, doit être contrebalancée par une contrepartie financière. Mais cette question, on le voit, va bien au-delà du simple contrat de franchise et se pose alors pour toutes les clauses post-contractuelles restrictives de concurrence.

---

<sup>19</sup> En ce sens, A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », Dr. Soc. 2000, p. 131 et ss. ; G. Virassamy, « *Les contrats de dépendance* », préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1986 ; Ph. Le Tourneau, « *Les contrats de franchisage* », Litec, éd. 2<sup>ème</sup>, 2007, n° 5 ; Ch. Jamin, « *Clause de non-concurrence et contrat de franchise* », D. 2003, p. 2878.

<sup>20</sup> Cette disposition interdit « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Rien ne peut en définitive remplacer ou se substituer à une analyse globale et minutieuse de la relation entre le franchiseur et l'ex-franchisé. Il n'est pas certain que la contrepartie financière puisse constituer un palliatif à l'absence d'effectivité du contrôle de l'inégalité par les juges<sup>21</sup>. Pourtant, nul doute qu'avec le régime actuel de la clause de non réaffiliation, les juges disposent de suffisamment de moyens pour s'assurer qu'une trop grande inégalité ne s'instaure dans la relation. Il nous semble qu'une véritable amélioration de la relation entre le franchiseur et le franchisé dans l'après contrat ne peut provenir que d'une réorientation substantielle de la politique juridique menée en la matière.

Une solution plus efficace pourrait venir par exemple d'une volonté de ne plus se contenter de sanctionner un déséquilibre excessif mais, dans une démarche plus active, de sanctionner les clauses contractuelles qui empêchent de parvenir à un rapport d'équilibre, entendu comme une égalité entre les parties. Mais est-ce bien concevable dès lors que le profit et la perte sont inhérents à l'environnement concurrentiel ? Une solution de (mauvais) compromis se contenterait de suivre l'avis de l'autorité de la concurrence qui recommande la limitation des « *clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes dans les contrats d'affiliation, à venir ou en cours d'exécution, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause* »<sup>22</sup>, à condition de ne pas trop se soucier de ce que deviendra le commerce de l'ex-franchisé durant cette période<sup>23</sup>. Une solution plus mesurée consisterait à exiger des juges qu'ils ne se contentent pas d'observer que le franchisé peut exercer son activité, mais qu'ils s'attardent sur l'effet produit par la clause sur la situation financière de ce dernier et s'assurent par une appréciation *in concreto* que son activité soit rentable et pérenne. Enfin, une solution plus radicale passerait par la suppression pure et simple de ces clauses. Mais c'est une proposition quelque peu provocatrice à l'encontre de laquelle certains ne manqueront pas de brandir, une fois de plus, l'étendard de la liberté contractuelle.

---

<sup>21</sup> Voir par ex. Ch. Jamin, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>22</sup> Aut. conv., avis, n° 10-A-26, 7, § 228.

<sup>23</sup> Pour un auteur, la réponse est simple : « Il le perdra », N. Dissaux, note sous, Aut. conv., avis, n° 10-A-26, 7 déc. 2010, JCP. G. 2011, 177.