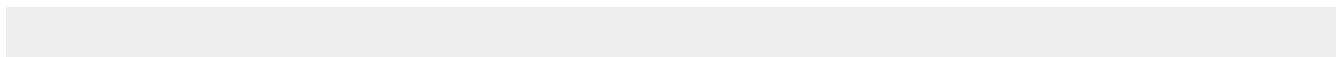


Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 201 : La concurrence interdite : Commentaire d'arrêt

Linda ARCELIN

Table des matières



En savoir plus : Éléments de correction

L'arrêt illustre particulièrement bien les relations entre un franchiseur de la grande distribution et ses franchisés, et la dépendance dans laquelle ces derniers peuvent se situer.

Rappel des faits : M. X a conclu avec la société Prodim (aujourd'hui Carrefour) un contrat de franchise d'une durée de 7 ans pour l'exploitation de son fonds de commerce sous l enseigne « Shopi ». Pendant l'exécution du contrat, le franchisé s'interdisait d'adhérer pour une activité similaire « à une autre organisation ou groupement commercial (...) ou organisme de distribution » et, en cas de rupture anticipée, de se réaffilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale, de vendre des marchandises liées à ces enseignes, dans un rayon de cinq kilomètres du magasin pendant un an.

Trois ans plus tard, M. X a conclu un contrat d'approvisionnement prioritaire d'une durée de 5 ans avec la société Logidis (Champion supermarché France - CSF), non renouvelé au terme de ces cinq années.

Pendant l'exécution de ce dernier, M. X. s'est approvisionné auprès d'un fournisseur concurrent, la société Diapar. La société CSF et Carrefour ont informé cette dernière des engagements pris par M. X. et de leur volonté de les faire respecter jusqu'à leur échéance.

La société Prodim a mis M. X... en demeure de respecter son engagement de ne pas adhérer pendant le cours de son contrat, en tout ou partie, à un organisme concurrent, et lui a par la suite notifié la résiliation du contrat à ses torts. Suivant la procédure arbitrale mise en œuvre par Carrefour et CSF, une première sentence a reconnu que M. X. avait violé ses différentes obligations de non adhésion et de non réaffiliation, tandis qu'une seconde sentence constatait qu'il avait violé l'obligation d'approvisionnement prioritaire en s'approvisionnant majoritairement auprès de la société Diapar.

Carrefour et CSF ont enfin assigné la société Diapar en paiement de dommages et intérêts pour complicité de violation des contrats par M. X. Elle a alors appelé son client en intervention forcée et formé tierce opposition incidente aux deux sentences arbitrales.

La Cour d'appel de Paris a accueilli ses demandes dans son arrêt du 3 avril 2013 et un pourvoi a été formé par Carrefour et CSF.

Le troisième moyen, sur lequel nous nous concentrerons, appelle deux séries de remarques :

I. La Cour de cassation considère tout d'abord la clause de non réaffiliation non proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur

L'atteinte à la liberté commerciale de l'ex-franchisé n'est pas proportionnée à l'intérêt légitime du franchiseur à protéger son savoir-faire.

Concernant l'intérêt légitime à protéger, la Cour de cassation confirme la position des juges du fond selon lesquels « *les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence post-contractuelles ne sont licites que dans la mesure où elles sont inhérentes à la franchise, c'est-à-dire où elles sont indispensables pour assurer la protection du savoir-faire transmis, qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau, et laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité, et à condition qu'elles restent proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent* ».

Or, constatant que le savoir-faire en matière de commerce de proximité est de faible technicité, spécificité et originalité, les obligations de non adhésion, surtout s'agissant de celle de ne pas vendre de MDD concurrentes, ne sont pas indispensables à la protection de ce savoir-faire.

L'Autorité de la concurrence s'était déjà interrogée sur la réalité d'un savoir faire dans le commerce de proximité dans son avis n° [10-A-26](#). Elle était assez dubitative : tout ce qui est observable en magasin (agencement, assortiment...) n'a pas à être protégé, ni ce qui est commun à toutes les enseignes et indispensable à l'exercice de la profession de commerçant (compétence en matière de gestion financière ou d'implantation des magasins). Ce qui est spécifique mériterait sans doute protection ; mais, en changeant d enseigne, le distributeur doit justement abandonner ces éléments antérieurs pour adopter ceux de la nouvelle enseigne, si bien qu'il n'y a aucun risque (ou du moins limité) de transfert de savoir-faire à une autre enseigne. Par conséquent, la condition de nécessité n'est pas remplie.

Par ailleurs, si la clause d'interdiction de commercialiser les MDD est bien limitée à un an, elle couvre un périmètre géographique trop large. En effet, elle s'applique sur un rayon de cinq kilomètres et n'est pas circonscrite aux locaux du seul magasin concerné. Il y a ici un rapprochement à faire avec les exigences du droit européen des ententes, le Règlement n° [330/2010](#) validant les clauses de non concurrence sous conditions, notamment qu'elles soient limitées aux locaux à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant le contrat (art. 5-3).

Appliquant ces conditions, la Cour de cassation avait déjà jugé illicite une clause de non-concurrence post - contractuelle d'une durée d'un an et applicable dans un rayon de 30 km autour du point de vente, prévue dans un contrat de franchise conclu entre la société Distribution Casino France (le franchiseur) et la société Perrosdis (le franchisé) : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé uniquement à celles, d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-14301) Cette extension ne se justifie pas par la protection de l'image du réseau, d'autant plus que Carrefour propose lui-même à ses franchisés des produits MDD d'une autre enseigne et commercialise ses propres MDD dans toutes ses enseignes.

Concernant l'atteinte portée à la liberté commerciale de l'ex-franchisé, celle-ci est trop importante par rapport à l'intérêt du franchiseur. La Cour relève que, le fait que l'interdiction porte sur la commercialisation de MDD est particulièrement attentatoire à la liberté commerciale de l'ex-franchisé d'exercer, de façon rentable, un commerce analogue à celui qu'il pratiquait auparavant. En effet, la Cour observe que la vente de MDD est particulièrement attractive et rentable ce qui explique la part croissante des MDD dans l'assortiment du commerce de proximité. L'interdiction de s'approvisionner en MDD revient donc à empêcher tout exercice par l'ex-franchisé de son activité commerciale et est disproportionnée à l'objectif poursuivi.

Au final, il apparaît que l'objectif réel du franchiseur n'est pas tant de protéger un éventuel savoir-faire que de limiter la mobilité de ses franchisés pendant le contrat. En effet, la clause s'applique seulement lorsqu'il y a rupture anticipée du contrat et non lorsqu'il arrive normalement à son terme. Il y a par là une volonté manifeste du franchiseur d'empêcher que ses franchisés ne quittent prématurément le réseau.

II. La clause de non réaffiliation est donc nulle

Il s'agit d'une clause restrictive de concurrence tombant sous le coup du droit des ententes français (art. [L. 420-1](#) du Code de commerce).

Les requérantes invoquaient l'inapplicabilité du droit européen des ententes, faute d'affectation du commerce entre Etats-membres du réseau de franchise. La Cour juge cette branche inopérante et ne statue que sur le droit français, même si l'on peut deviner l'influence du Règlement n° 330/2010 (Cf. supra la référence à la limitation de la clause de non concurrence aux locaux dans lesquels était exercée l'activité avant la rupture du contrat).

La clause est donc nulle selon l'article [L. 420-3](#) du Code de commerce.