

Les clauses restrictives de concurrence

Romain LOIR

Professeur à l'Université de la Réunion

Résumé

Les clauses restrictives de concurrence post-contractuelles (clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation) sont strictement encadrées par la loi Macron, qui subordonne leur validité au respect de quatre conditions cumulatives. Ce dispositif n'est cependant guère convaincant : il ne présente que peu d'intérêt pour les franchiseurs et protège insuffisamment les franchisés. A moins de prendre au sérieux la loi, lorsqu'elle exige que la clause soit « indispensable » à la protection du savoir-faire du franchiseur.

Mots-clés

Clause de non-concurrence – Clause de non-réaffiliation – Champ d'application – Validité – Efficacité – Savoir-faire.

Abstract

Post-contractual non-compete clauses (non-compete and non-affiliation clauses) are strictly regulated by the Macron law, which makes their validity conditional upon the fulfillment of four cumulative requirements. However, this framework is not very convincing: it offers little benefit to franchisors and provides insufficient protection to franchisees. This is unless the law's requirement that the clause be "indispensable" to the protection of the franchisor's know-how is taken seriously.

Keywords

Non-competition clause – Non-reaffiliation clause – Scope of application – Validity – Effectiveness – Know-how.

Mode de citation :

Romain LOIR, « Les clauses restrictives de concurrence », *R.J.O.I.* 2025 (n° 35) – Actes de la journée d'études *Le droit de la franchise à La Réunion* (25 octobre 2024) – pp. 293-300.

En matière de franchise comme dans d'autres domaines, le thème des clauses restrictives de concurrence est un thème majeur. Pour deux raisons essentielles.

La première tient à leur importance pratique : ces clauses restrictives de concurrence sont très répandues dans les contrats de franchise. Elles peuvent peser sur le franchisé pendant l'exécution du contrat, en lui interdisant de se livrer à une activité concurrente ou de s'affilier à un réseau concurrent. Mais elles peuvent aussi peser sur le franchisé après la cessation du contrat. Et c'est sur ces clauses dites « post-contractuelles » que porte la présente intervention.

Dans les contrats de franchise, on rencontre deux types de clauses restrictives de concurrence post-contractuelles : les clauses de non-concurrence et les clauses de non-réaffiliation. Comme son nom l'indique, la clause de non-concurrence va interdire à l'ancien franchisé d'exercer une activité concurrente pendant un certain temps : « après la cessation du présent contrat pour quelque cause que ce soit, le franchisé s'interdit d'exercer, directement ou indirectement, toute activité concurrente à celle du franchiseur pendant telle durée et sur telle zone ». La clause de non-réaffiliation est un peu moins sévère, du moins en théorie : elle n'interdit pas à l'ancien franchisé toute activité concurrente : elle lui interdira seulement de rallier un réseau concurrent et a fortiori d'en créer un lui-même : « après la fin du présent contrat, pour quelque cause que ce soit, le franchisé s'interdit de s'affilier, adhérer ou participer, directement ou indirectement, à un réseau concurrent du franchiseur ».

À moins que le franchisé ne dispose d'un important pouvoir de négociation, l'une ou l'autre de ces clauses se retrouvera quasi systématiquement dans le contrat de franchise. C'est là une première raison de s'y intéresser.

La deuxième résulte d'un constat : le sujet est très sensible. Les clauses restrictives de concurrence sont en effet au cœur d'importantes zones de turbulence. Parce qu'elles suscitent un contentieux non négligeable : il n'est pas rare que le franchiseur saisisse le juge des référés pour reprocher à son ancien franchisé d'avoir violé la clause et qu'il lui demande de mettre un terme à ses agissements illicites. Mais au-delà, le sujet est sensible parce que les clauses restrictives de concurrence sont tiraillées entre des libertés et des intérêts antagonistes.

D'un côté, la liberté contractuelle – qui autorise le franchiseur à insérer dans le contrat les clauses qu'il souhaite. De l'autre, la liberté d'entreprendre, la liberté de la concurrence et la liberté du travail auxquelles une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation porte directement atteinte.

D'un côté, les intérêts du franchiseur, qui entend assurer la protection de son savoir-faire et, le cas échéant, installer un autre franchisé dans la zone. De

l'autre, les intérêts du franchisé, qui risque d'être totalement paralysé par une clause restrictive de concurrence, qui risque de perdre ses revenus et la clientèle qui est en principe, au moins en partie la sienne. En tout cas si l'on se fonde sur le célèbre arrêt Trévisan¹.

Toutes ces tensions sont particulièrement vives à la Réunion, compte tenu de l'éloignement, de l'insularité et des dimensions modestes de notre territoire. À la Réunion, on ne peut pas dire au franchisé tenu par une clause de non-concurrence qu'il lui suffit d'aller travailler dans le département d'à côté...

Dans ce contexte, le droit n'interdit pas les clauses restrictives de concurrence. Mais il cherche à les encadrer. La jurisprudence, d'abord : dès le XIX^{ème} siècle, elle a reconnu la validité des clauses de non-concurrence², mais les a enfermées dans des conditions de validité strictes :

- la clause doit être limitée quant à son objet, dans le temps et dans l'espace ;
- la clause doit être justifiée par un intérêt légitime ;
- elle est proportionnée à la défense de cet intérêt légitime.

Après la jurisprudence, c'est le droit européen qui s'en est mêlé, à travers des règlements d'exemption³. Ces règlements ne fixent pas des conditions de validité des clauses restrictives de concurrence, mais des conditions d'exemption, c'est-à-dire les conditions d'un « laissez-passer » au regard du droit européen de la concurrence : si les conditions sont remplies, on n'étudiera pas la conformité de la clause au regard du droit de la concurrence ; à l'inverse, si les conditions ne sont pas remplies, la clause ne sera pas nulle, mais il faudra étudier sa conformité au regard du droit des ententes.

Enfin, c'est le législateur français qui est intervenu à travers une loi n°2015-990 dite « Macron » du 6 août 2015. Cette loi poursuivait notamment l'objectif d'assurer aux distributeurs une plus grande mobilité entre les enseignes, et a introduit dans le code de commerce tout un Titre consacré aux « réseaux de distribution commerciale ». Ce titre comporte uniquement deux textes : les articles L 341-1 et L 341-2, tous deux applicables à la franchise. Le second, l'article 341-2, concerne directement les clauses « *ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation du contrat* » (post contractuelles), « *de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant* ». Il s'agit notamment des clauses de non-concurrence et des clauses de non-réaffiliation.

¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 27 mars 2012, n°00-20732.

² Cass. Req., 5 juillet 1865, DP 1865, 1, p. 425.

³ Rég. 2022/720 du 10 mai 2022 sur les accords verticaux.

En matière de franchise, la loi Macron constitue aujourd'hui le noyau dur de la réglementation des clauses restrictives de concurrence post-contractuelle. Applicable à tous les contrats conclus un an après sa promulgation⁴, c'est elle qui est censée arbitrer entre les différentes libertés qui s'entrechoquent ; entre les intérêts du franchiseur et ceux du franchisé. Il est donc particulièrement important de savoir ce que dit cette loi, mais aussi de savoir à quoi elle sert réellement. Il convient ainsi de cerner sa substance (I) avant de mesurer sa pertinence (II).

I. La substance de la loi

Pour cerner la substance de la loi, il faut insister sur deux points : le domaine de la loi d'une part (A) ; les conditions qu'elle pose d'autre part (B).

A. Le domaine de la loi

La question est essentielle : à quelles franchises s'applique la loi Macron ? Il y avait une incertitude sur ce point car l'article L 341-1 du code de commerce, qui définit le champ d'application de la loi (texte très mal rédigé !), vise uniquement l'exploitation d'un « *magasin de commerce de détail* ». Certains avocats et magistrats s'étaient engouffrés dans la brèche : la loi Macron n'était applicable qu'aux seules franchises de ventes de marchandises et pas aux franchises de services, qui ne seraient pas des « commerces de détail ».

Mais la Cour de cassation a tout récemment tranché : par un arrêt de sa chambre commerciale du 5 juin 2024⁵, elle juge très clairement que « *la notion de 'commerce de détail' ne peut être entendue au sens de la seule vente de marchandises à des consommateurs et peut couvrir des activités de services auprès de particuliers, telle une activité d'agence immobilière* ».

Impossible donc d'échapper à la loi Macron, dès lors qu'on est en présence d'un contrat de franchise. Le domaine de la loi est parfaitement général.

B. Le contenu de la loi

Remettons les choses dans l'ordre. L'article L 341-2 annonce d'abord un principe d'interdiction des clauses qui restreignent le libre exercice de l'activité commerciale du franchisé : ces clauses sont non-écrites, c'est-à-dire qu'elles sont purement et simplement effacées du contrat.

⁴ Cass. Com., 16 fév. 2022, n°20-20429.

⁵ Cass. com., 5 juin 2024, n°23-15741.

Mais le texte prévoit tout de suite une exception, au profit des clauses qui réunissent quatre conditions. Ces conditions légales se substituent aux conditions qui avaient été définies par la jurisprudence et notamment à la condition de proportionnalité, qui n'est pas reprise (bien qu'un arrêt récent laisse à penser que cette suppression n'est peut-être pas irrémédiable⁶).

La première condition est relative à l'objet de la clause, qui doit porter sur des biens ou services en concurrence avec ceux qui faisaient l'objet du contrat : pour prendre un exemple extrême, hors de question, bien sûr, qu'un ancien restaurateur se voit frappé par une interdiction de vendre du prêt-à-porter...que l'exploitant d'un centre de futsal et de padel se voit interdire la vente de lingerie.

Une autre condition porte sur la durée de la clause, qui ne peut être supérieure à un an après la fin du contrat. Une troisième condition est essentielle : la clause doit être limitée aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat. C'est une innovation de la loi Macron !

Cette condition n'est pas toujours respectée en pratique, que ce soit par les rédacteurs de contrats ou même par certaines juridictions du fond. La Cour d'appel de Montpellier a par exemple jugé très récemment⁷ qu'une clause limitée à toute une ville était parfaitement valable au regard de la loi Macron. C'est pourtant faux ! La clause ne peut valoir que pour un local ! Si un magasin franchisé était au 15 de la rue, le franchisé peut se réinstaller au n°16 ! Hors de question donc de prévoir une clause qui s'étendrait à tout un quartier, une ville, une région...

Enfin – dernière condition –, la clause doit être indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur. Encore faut-il que ce savoir-faire soit « substantiel, spécifique et secret ». Et qu'il soit nécessaire de le protéger après la fin du contrat : si le savoir-faire n'est de toute façon plus accessible après la fin du contrat, aucun danger⁸.

Les clauses restrictives de concurrence sont donc étroitement encadrées par la loi. Mais malheureusement, tout cela n'est pas très convaincant.

⁶ *Ibid.*

⁷ CA Montpellier, 30 avril 2024, n°22/03998.

⁸ V. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/14111 (la loi Macron n'était pas encore applicable aux faits de l'espèce).

II. La pertinence de la loi

Si l'on peut légitimement douter de la pertinence de la loi, c'est parce qu'elle présente un intérêt assez limité (A), qu'il serait toutefois possible de revivifier (B).

A. Un intérêt limité

Côté franchiseur, la cour d'appel de Paris affirme habituellement qu'une clause restrictive de concurrence est destinée à protéger son savoir-faire et à lui permettre d'installer un autre franchisé sur la zone : « *La clause de non-concurrence post-contractuelle peut être considérée comme inhérente à la franchise dans la mesure où elle permet d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité* »⁹.

Mais il faut bien admettre que la loi Macron entrave sérieusement la réalisation de ces objectifs ! Comme la clause est forcément limitée au local dans lequel était exploité le magasin franchisé, elle n'interdit pas par elle-même à l'ancien franchisé d'exploiter le savoir-faire dans le local d'à côté. Et on voit bien que si l'ex franchisé est toujours dans les parages, l'installation d'un nouveau franchisé est mal engagée ! Dans sa version « loi Macron », la clause de non-concurrence présente donc peu d'intérêt, côté franchiseur.

Côté franchisé en revanche, comme la loi pose de strictes conditions de validité des clauses restrictives de concurrence, on pourrait penser qu'elle le protège efficacement. Et il est vrai que le franchisé peut soit se reconvertir dans le local où il exploitait la franchise ; soit trouver un autre local pour y exercer une activité concurrente ou s'affilier à un réseau concurrent

Tout cela est cependant purement théorique. En pratique, les difficultés sont très nombreuses. Admettons d'abord que l'ex-franchisé veuille rester dans le local pour y exercer une autre activité : est-ce que beaucoup d'agents immobiliers peuvent véritablement devenir coiffeurs ? Beaucoup de garagistes peuvent-ils véritablement devenir esthéticiens ou fleuristes ? Et puis, est-ce que le bail autorise vraiment un tel changement d'activité ? Est-ce que le bailleur y consentira... ?

Admettons ensuite que l'ex-franchisé veuille exercer une activité concurrente ailleurs, dans un autre local. Ce sont alors deux difficultés importantes qui surgissent.

⁹ CA Paris, 28 juin 2023, n°21/17087.

Première difficulté : va-t-il pouvoir trouver un local adapté ? On sait qu'il n'y a là rien d'évident. Et que la difficulté peut être d'ailleurs particulièrement importante à la Réunion. S'il ne trouve pas de local, Le risque est alors que l'ex-franchisé ne puisse plus travailler alors qu'il a parallèlement de nombreuses charges : loyer, prêts, salariés...

Deuxième difficulté : si l'ex-franchisé trouve un local, est-ce que sa clientèle le suivra vraiment ? Prenons l'exemple d'un franchisé dans un centre commercial, au bord d'une route nationale à quatre voies : impossible de retrouver un local dans le même centre commercial... Et s'il trouve un local dans le centre-ville éloigné, rien ne dit que sa clientèle le suivra !

En pratique, la loi Macron ne protège donc pas réellement les franchisés. Quel que soit le point de vue que l'on adopte, elle n'est donc guère convaincante.

À moins que...

B. Un intérêt revivifié

À moins que l'on accepte de donner à la loi tout son sens et de prendre les clauses restrictives de concurrence pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des clauses qui sont avant tout destinées à interdire l'exercice d'une activité ou le ralliement à un réseau et pas des clauses destinées à protéger un savoir-faire.

Il faut repartir du texte : la loi Macron exige que la clause soit « *indispensable à la protection du savoir-faire* » ; si ce n'est pas le cas, la clause est non écrite. Or une clause restrictive de concurrence n'est jamais « *indispensable* » à la protection d'un savoir-faire ! Elle peut être utile, mais pas indispensable.

Pourquoi ? Parce qu'il existe bien d'autres moyens d'assurer cette protection¹⁰ : une clause de protection du savoir-faire, une clause de confidentialité, mais aussi, indépendamment de toute clause, la protection du secret des affaires ou l'action en concurrence déloyale !

Dit autrement, les clauses restrictives de concurrence ne sont jamais indispensables à la protection du savoir-faire. Elles ne remplissent donc jamais cette condition posée par la loi Macron. La conclusion est radicale mais inéluctable : elles sont, de fait, interdites.

Il n'a là rien de dramatique. Rappelons que le législateur avait d'ailleurs envisagé d'interdire purement et simplement les clauses restrictives de

¹⁰ En ce sens, v. notamment C. BELLET – N. DISSAUX, *Le guide de la franchise*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2023, n°122.313.

concurrence avant de se raviser par crainte de heurter de front le droit européen¹¹. En pratique, les franchiseurs ne seront en rien pénalisés : leur savoir-faire pourra toujours être protégé, par d'autres moyens. Quant aux franchisés, ils retrouveront leur liberté de travailler, ce qui semble parfaitement légitime, en particulier sur un territoire comme celui de la Réunion.

Pour autant, pas de solution miracle ! L'interdiction, de fait, des clauses restrictives de concurrence n'a pas le pouvoir de régler tous les problèmes des franchisés. Ainsi, s'ils sont tenus par un système de franchise participative, le franchiseur pourra toujours les empêcher de changer d'enseigne. Et s'ils se trouvent de toute façon dépossédés de leur « fichier clients » en fin de contrat, ce qui correspond à une pratique répandue, les franchisés auront bien du mal à poursuivre leur activité de façon rentable...

¹¹ J. VOGEL – L. VOGEL, « Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté », *AJ Contrats d'affaires*, 2015, p. 512.