**Cour de cassation
Chambre Commerciale**

Audience publique du mardi 18 décembre 2012

N° de pourvoi: 11-27068

Non publié au bulletin

**M. Espel (président), président
SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Odent et Poulet, avocat(s)**

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant:

Sur le moyen unique : Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 15 septembre 2011), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-13.888), que, le 8 mars 1994, la société Prodim aux droits de laquelle vient la société Carrefour proximité France (le franchiseur) a conclu avec M. et Mme X... (les franchisés) un contrat de franchise d'une durée de sept ans, pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne "Shopi" ; que ce contrat comportait une clause compromissoire, ainsi qu'une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an à compter de sa résiliation, une enseigne de renommée nationale ou régionale, déposée ou non, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin ; qu'avant l'arrivée du terme, les franchisés ont procédé à la rupture unilatérale du contrat ; que, par une sentence du 17 juillet 2002, le tribunal arbitral a déclaré cette rupture abusive et condamné les franchisés à payer diverses sommes au franchiseur ; que ceux-ci ont formé un recours en annulation contre cette décision ; Attendu que le franchiseur fait grief à l'arrêt d'avoir annulé la clause de non-réaffiliation et d'avoir rejeté sa demande en paiement de dommages-intérêts, alors, selon le moyen : 1°/

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'une clause de non-réaffiliation qui n'interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique ce que présuppose sa définition même , et se trouve limitée dans le temps et l'espace, ne viole aucune règle d'ordre public et n'encourt pas la nullité ; que la cour, à l'examen de "la clause litigieuse", a constaté "qu'elle ne visait pas à interdire à l'ex-franchisé d'exercer son activité commerciale pendant une durée déterminée et dans un espace donné mais restreignait uniquement sa liberté d'affiliation à un autre réseau, qui ne constitue qu'une des modalités d'exercice d'une activité commerciale, l'ex-franchisé pouvant la poursuivre sous une enseigne locale ou sa propre enseigne" ; qu'elle a ainsi caractérisé les éléments constitutifs d'une clause de non-réaffiliation valide ; qu'en décidant dès lors que cette clause était nulle et de nul effet, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1134 du code civil ; 2°/ qu'ayant un objet différent, les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation relèvent d'une qualification et de conditions de validité différentes ; que la clause de non-concurrence, pour être valable, doit être nécessaire à la protection des droits du franchiseur, limitée dans l'espace et dans le temps et être proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat ; qu'il suffit en revanche, pour qu'une clause de non-réaffiliation soit valable et n'enfreigne aucune règle d'ordre public, qu'elle n'interdise pas la poursuite d'une activité commerciale identique et soit limitée dans le temps et l'espace ; qu'en soumettant dès lors la clause litigieuse, dont elle a constaté pourtant qu'elle était une clause de non-réaffiliation, aux conditions de nécessité et de proportionnalité propres à la clause de non-concurrence, la cour a violé l'article 1134 du code civil ; 3° / que la clause de non-réaffiliation se distingue par son objet de la clause de non-concurrence en ce qu'elle limite non pas l'exercice de l'activité par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, mais uniquement sa liberté d'affiliation à un autre réseau ; que, dès lors, l'existence ou l'absence d'un savoir-faire n'est pas une condition de validité d'une telle clause ; que l'objet de celle-ci, d'ailleurs, n'est pas tant de protéger le savoir-faire, contre une divulgation qu'elle ne peut totalement empêcher, que de protéger le réseau et ses membres contre la concurrence que pourrait leur faire un ancien franchisé qui utiliserait contre eux ce savoir-faire qui ne ferait plus l'objet, de sa part, d'aucune rémunération ; qu'en décidant dès lors de dire nulle et de nul effet la clause litigieuse, au motif qu'elle n'était pas nécessaire à la protection du savoir-faire attaché à l'enseigne "Shopi", dont le risque de divulgation était également encouru à

la rupture anticipée du contrat comme à son terme, la cour, qui s'est déterminée par des motifs impropres à justifier sa décision, a violé l'article 1134 du code civil ; 4°/ que, subsidiairement, la cour a constaté que la société Carrefour apportait la preuve d'un "savoir-faire professionnel indéniable" ; qu'il s'ensuivait qu'il devait être protégé, la nécessité de cette protection découlant de son existence même ; que si l'objet d'une clause de non-réaffiliation est de protéger le savoir-faire, alors le constat de celui-ci emporte justification de la nécessité de celle-là ; qu'en décidant dès lors que cette clause, supposée avoir pour objet de protéger ce savoir-faire, n'était pas nécessaire à cette protection et devait dès lors être déclarée nulle, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1134 du code civil ; 5°/ que le savoir-faire, pour être reconnu comme tel, doit être secret, substantiel et identifié ; qu'en retenant dès lors, d'une part, que la société Carrefour justifiait d'un "savoir-faire professionnel indéniable" et, d'autre part, que les éléments transmis par elle au franchisé étaient communs à toutes enseignes, nécessaires à l'exercice de la profession de commerçant et facilement remarqués dans le magasin, la cour, qui s'est déterminée par des motifs contradictoires, a violé l'article 455 du code de procédure civile ; 6°/ que le savoir-faire est "un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié" ; que son caractère secret doit être apprécié "dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants", fruit d'une élaboration propre, d'un travail et d'un coût supportés par le franchiseur, et non pas séparément dans "chaque composant individuel" ; que pour juger que la clause de non-réaffiliation n'était ni nécessaire ni valide, la cour a retenu que certains éléments étaient communs à toutes les enseignes, indispensables à l'exercice de la profession de commerçant et visibles en magasin ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs qui ne permettaient pas de justifier l'absence de droit à protéger le savoir-faire par une clause de non-réaffiliation, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ; 7°/ que, pour déclarer nulle et de nul effet la clause de non-réaffiliation, la cour a retenu qu'il n'était pas contesté que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerçait de manière quasi-systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale, ou régionale ; qu'en se déterminant ainsi, quand la société Carrefour, d'une part, soutenait explicitement que les époux X... ne pouvaient pas cet exercice systématique et l'impossibilité qui en résulterait d'exercer une telle activité hors réseau et, d'autre part, produisait les données de l'Autorité de la concurrence selon lesquelles 50 % des magasins et 40 % des surfaces de vente se situaient hors des réseaux de

franchise, la cour, qui a dénaturé les termes du litige, a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ; 8°/ que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre la liberté d'affiliation à un autre réseau ; qu'elle protège non seulement le franchiseur mais aussi les franchisés du réseau, dans leur liberté de commercer dans le cadre conventionnel convenu, sans interdire à un ancien franchisé d'un réseau déterminé de s'approvisionner, pendant sa durée d'application, à des centrales d'achat ; que pour justifier sa décision de dire nulle et de nul effet la clause de non-réaffiliation litigieuse, la cour a retenu que le fait d'être affilié à un groupe de distribution constituait, dans le secteur de la distribution alimentaire de proximité, un élément nécessaire et indispensable à l'exercice de cette activité commerciale ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs tendant à poser le principe qu'une telle clause, en cette matière, est nécessairement nulle, la cour a violé l'article 1134 du code civil, ensemble le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle ; Mais attendu que l'arrêt relève que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale ou régionale ; qu'il constate que la supérette des franchisés était exploitée dans un petit chef-lieu de canton ; que de ces constatations et appréciations souveraines des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a pu déduire, hors toute dénaturation et, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les troisième, quatrième, cinquième et sixième branches, que la clause, qui emportait interdiction de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres, mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce, n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et devait être annulée ; que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ; Condamne la société Carrefour proximité France aux dépens ; Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à M. et Mme X... la somme globale de 2 500 euros ; Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-huit décembre deux mille douze. MOYEN ANNEXE au présent arrêt Moyen produit par la SCP Odent et Poulet, avocat aux Conseils, pour la société Carrefour proximité France Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR déclaré nulle et de nul effet la clause de non-réaffiliation stipulée au contrat de franchise conclu le 8 mars 1994 entre les époux X... et la société PRODIM devenue société CARREFOUR PROXIMITE

FRANCE et d'avoir débouté cette dernière de sa demande de dommages et intérêts résultant de la violation de ladite clause ; AUX MOTIFS QUE l'article 6 du contrat de franchise signé le 8 mars 1994 stipulait qu'en « cas de rupture de la présente convention avant son terme et sans préjudice de l'exercice de la clause pénale et de toute demande de dommages et intérêts complémentaires, le franchisé s'oblige à ne pas utiliser directement ou indirectement, personnellement ou par une personne interposée, en société ou autrement, durant une période de un an à compter de la date de résiliation du présent contrat, une enseigne de renommée nationale ou régionale déposée ou non et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes (marques propres), ceci dans un rayon de cinq kilomètres du magasin SHOPI faisant l'objet du présent contrat » ; que cette clause se distingue d'une clause de non-concurrence en ce qu'elle ne vise pas à interdire à l'ex-franchisé d'exercer son activité commerciale pendant une durée déterminée et dans un espace donné mais restreint uniquement sa liberté d'affiliation à un autre réseau, qui ne constitue que l'une des modalités d'exercice d'une activité commerciale, l'ex-franchisé pouvant la poursuivre sous une enseigne locale ou sa propre enseigne ; qu'elle est donc une clause de non-réaffiliation ; que sa licéité doit être appréciée au regard de l'ordre public ; qu'elle prévoit, d'une part, une obligation de non-affiliation à une enseigne de renommée nationale ou régionale et, d'autre part une interdiction d'offrir à la vente les marques propres liées à cette enseigne, ce qui constitue une atteinte à la liberté de commerce ; que, dans ces conditions, même si la clause de non-réaffiliation est moins restrictive pour le franchisé qu'une clause de non-concurrence, elle doit néanmoins, pour être valable, non seulement être limitée dans le temps, et dans l'espace, mais également être dictée par la nécessaire protection d'un intérêt légitime de la part du franchiseur et rester proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit, et ce au regard de la branche d'activité commerciale visée, en l'espèce la distribution alimentaire de proximité ; que la franchise est généralement définie comme la réitération d'une réussite commerciale grâce à la mise en oeuvre d'un savoir-faire commercial qui est considéré comme un élément essentiel ; que la clause de non-réaffiliation stipulée par le franchiseur doit, par conséquent, être nécessaire à la protection de ce savoir-faire ; qu'au vu du contrat de franchise, le savoir-faire professionnel est indéniable ; que cependant il est constitué pour partie d'éléments, qui, s'ils ne sont pas observables, sont néanmoins communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant, telles la formation aux techniques commerciales et administratives, l'expérience de gestion du franchiseur, éléments dont l'exfranchisé peut au demeurant continuer à faire usage, mettant à profit dans le cadre de la poursuite de

son activité les conseils prodigués par le franchiseur pendant l'exécution du contrat ; que d'autres éléments peuvent être facilement remarqués au sein du magasin, notamment dans son agencement, l'implantation des produits, qui, de plus, présentent un caractère général et sont de consommation courante ; qu'enfin, les éléments spécifiques à l'enseigne, comme le savoir-faire relatif à la politique de promotion de celle-ci, sont, dans les faits, abandonnés par l'ex-franchisé, dès lors qu'il quitte le réseau pour adopter ceux transmis par le nouveau réseau ; qu'il s'avère surtout que la clause de non-réaffiliation n'est en réalité pas liée à la crainte de la fuite d'un savoir-faire vers des groupes de distribution concurrents, puisqu'elle n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de rupture anticipée, alors que ce risque est encouru d'égale manière à l'échéance prévue au contrat ; qu'il n'est pas contesté que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale, ou régionale, qui permet de bénéficier d'une pratique commerciale et d'une image de marque attractives ; que par ailleurs la vente de produits portant la marque de distributeur représente en moyenne plus de 20 % des références de tout supermarché de proximité ; que le fait d'être affilié à un groupe de distribution constitue donc, dans le secteur de la distribution alimentaire de proximité, un élément nécessaire et indispensable à l'exercice de cette activité commerciale ; qu'en l'espèce, la surface de vente de la supérette exploitée par les époux X... dans un petit chef-lieu de canton de l'Oise exclut toute possibilité économiquement viable pour eux, d'un approvisionnement autre que celui en provenance d'un réseau ou d'une centrale d'achat permettant, du fait du regroupement, l'accès à des prix compétitifs ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la clause de non-réaffiliation n'est pas nécessaire à la protection du savoir-faire attaché à l'enseigne "SHOPI" et s'avère en outre totalement disproportionnée aux intérêts économiques qu'elle est censée protéger puisqu'elle rend quasi-impossible pendant une année la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce, privé du support d'un réseau structuré, éprouvé et notoirement connu, dans des conditions garantissant sa rentabilité, la possibilité pour l'ex-franchisé d'exercer son activité hors de tout réseau étant purement formelle ; qu'elle constitue ainsi une atteinte illégitime à la liberté de commerce et n'est donc pas valable ; que la société CARREFOUR PROXIMITE FRANCE sera donc déboutée de sa demande de dommages et intérêts au titre de la violation de la clause de non-réaffiliation ; 1° ALORS 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'une clause de non-réaffiliation qui

n'interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique ce que présuppose sa définition même , et se trouve limitée dans le temps et l'espace, ne viole aucune règle d'ordre public et n'encourt pas la nullité ; que la cour, à l'examen de « la clause litigieuse », a constaté « qu'elle ne visait pas à interdire à l'ex-franchisé d'exercer son activité commerciale pendant une durée déterminée et dans un espace donné mais restreignait uniquement sa liberté d'affiliation à un autre réseau, qui ne constitue qu'une des modalités d'exercice d'une activité commerciale, l'ex-franchisé pouvant la poursuivre sous une enseigne locale ou sa propre enseigne » (arrêt, p. 13, § 3) ; qu'elle a ainsi caractérisé les éléments constitutifs d'une clause de non-réaffiliation valide ; qu'en décidant dès lors que cette clause était nulle et de nul effet, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1134 du code civil ; 2° ALORS QU'ayant un objet différent, les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation relèvent d'une qualification et de conditions de validité différentes ; que la clause de non-concurrence, pour être valable, doit être nécessaire à la protection des droits du franchiseur, limitée dans l'espace et dans le temps et être proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat ; qu'il suffit en revanche, pour qu'une clause de non-réaffiliation soit valable et n'enfreigne aucune règle d'ordre public, qu'elle n'interdise pas la poursuite d'une activité commerciale identique et soit limitée dans le temps et l'espace ; qu'en soumettant dès lors la clause litigieuse, dont elle a constaté pourtant qu'elle était une clause de non-réaffiliation, aux conditions de nécessité et de proportionnalité propres à la clause de non-concurrence, la cour a violé l'article 1134 du code civil ; 3° ALORS QUE la clause de non-réaffiliation se distingue par son objet de la clause de non-concurrence en ce qu'elle limite non pas l'exercice de l'activité par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, mais uniquement sa liberté d'affiliation à un autre réseau ; que, dès lors, l'existence ou l'absence d'un savoir-faire n'est pas une condition de validité d'une telle clause ; que l'objet de celle-ci, d'ailleurs, n'est pas tant de protéger le savoir-faire, contre une divulgation qu'elle ne peut totalement empêcher, que de protéger le réseau et ses membres contre la concurrence que pourrait leur faire un ancien franchisé qui utiliserait contre eux ce savoir-faire qui ne ferait plus l'objet, de sa part, d'aucune rémunération ; qu'en décidant dès lors de dire nulle et de nul effet la clause litigieuse, au motif qu'elle n'était pas nécessaire à la protection du savoir-faire attaché à l'enseigne "Shopi", dont le risque de divulgation était également encouru à la rupture anticipée du contrat comme à son terme, la cour, qui s'est déterminée par des motifs impropres à justifier sa décision, a violé l'article 1134 du code civil ; 4° ALORS, subsidiairement, QUE la cour a constaté que la société CARREFOUR

apportait la preuve d'un « savoir-faire professionnel indéniable » (arrêt, p. 14, §§ 1-2) ; qu'il s'ensuivait qu'il devait être protégé, la nécessité de cette protection découlant de son existence même ; que si l'objet d'une clause de non-réaffiliation est de protéger le savoir-faire, alors le constat de celui-ci emporte justification de la nécessité de celle-là ; qu'en décidant dès lors que cette clause, supposée avoir pour objet de protéger ce savoir-faire, n'était pas nécessaire à cette protection et devait dès lors être déclarée nulle, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1134 du code civil ; 5° ALORS QUE le savoir-faire, pour être reconnu comme tel, doit être secret, substantiel et identifié ; qu'en retenant dès lors, d'une part, que la société CARREFOUR justifiait d'un « savoir-faire professionnel indéniable» et, d'autre part, que les éléments transmis par elle au franchisé étaient communs à toutes enseignes, nécessaires à l'exercice de la profession de commerçant et facilement remarqués dans le magasin, la cour, qui s'est déterminée par des motifs contradictoires, a violé l'article 455 du code de procédure civile ; 6° ALORS QUE le savoir-faire est « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié » ; que son caractère secret doit être apprécié « dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants », fruit d'une élaboration propre, d'un travail et d'un coût supportés par le franchiseur, et non pas séparément dans «chaque composant individuel » ; que pour juger que la clause de non-réaffiliation n'était ni nécessaire ni valide, la cour a retenu que certains éléments étaient communs à toutes les enseignes, indispensables à l'exercice de la profession de commerçant et visibles en magasin ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs qui ne permettaient pas de justifier l'absence de droit à protéger le savoir-faire par une clause de non-réaffiliation, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ; 7° ALORS QUE, pour déclarer nulle et de nul effet la clause de non-réaffiliation, la cour a retenu qu'il n'était pas contesté que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerçait de manière quasi-systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale, ou régionale ; qu'en se déterminant ainsi, quand la société CARREFOUR, d'une part, soutenait explicitement (pp. 57-58) que les époux X... ne pouvaient pas cet exercice systématique et l'impossibilité qui en résulterait d'exercer une telle activité hors réseau et, d'autre part, produisait les données de l'Autorité de la concurrence (pièce 124) selon lesquelles 50 % des magasins et 40 % des surfaces de vente se situaient hors des réseaux de franchise, la cour, qui a dénaturé les termes du litige, a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ; 8° ALORS QUE la clause de non-réaffiliation se borne à

restreindre la liberté d'affiliation à un autre réseau ; qu'elle protège non seulement le franchiseur mais aussi les franchisés du réseau, dans leur liberté de commercer dans le cadre conventionnel convenu, sans interdire à un ancien franchisé d'un réseau déterminé de s'approvisionner, pendant sa durée d'application, à des centrales d'achat ; que pour justifier sa décision de dire nulle et de nul effet la clause de non-réaffiliation litigieuse, la cour a retenu que le fait d'être affilié à un groupe de distribution constituait, dans le secteur de la distribution alimentaire de proximité, un élément nécessaire et indispensable à l'exercice de cette activité commerciale ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs tendant à poser le principe qu'une telle clause, en cette matière, est nécessairement nulle, la cour a violé l'article 1134 du code civil, ensemble le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle.