



## PORTUGAL

### Indemnisation due au franchisé au titre de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle au Portugal

La « liberté d'initiative économique » est un principe constitutionnel, consacré par l'article 61 n°1 de la Constitution de la République Portugaise, qui n'admet de restrictions que dans un cadre constitutionnellement et légalement défini. Un autre principe fondamental du système juridique portugais est le « principe de la liberté contractuelle » qui n'ayant pas de fondement constitutionnel, devra toujours céder le pas au principe de la « liberté d'initiative économique » lorsqu'il sera confronté à ce dernier. En d'autres termes, la liberté de stipuler des clauses contractuelles limitant l'initiative économique ne s'exerce que si ces clauses sont encadrées et prévues dans le cadre d'une loi. Autrement dit, si cette limitation n'est pas prévue par la loi, une partie n'est pas libre « d'imposer » contractuellement ou de négocier ces limitations à la liberté d'initiative économique de l'autre partie, car nous entrerions dans le domaine des droits indisponibles. La Constitution Portugaise reprend ainsi le principe énoncé par Henri La Cordaire selon lequel « *entre le fort et le faible, la liberté opprime, et la loi affranchit* ».

Dans un contrat de franchise, une clause stipulant une obligation de non-concurrence, en particulier post-contractuelle, devrait toujours être considérée comme

limitant la liberté d'initiative économique et, en tant que telle, il lui faut un fondement juridique pour la légitimer. Bien que dans le système juridique portugais le contrat de franchise soit un contrat dit « atypique » (bien que très commun), les juridictions supérieures portugaises ont considéré que les règles issues de la loi sur le « contrat d'agence » (décret-loi 178/86 du 3 juillet, modifié par le décret de loi 118/93 du 13 avril) et, au niveau communautaire, le règlement (UE) 2022/720 du 10 mai 2022, s'appliquent à ce contrat. Ces deux corps de règles prévoient expressément la légitimation d'une restriction à la liberté d'initiative économique : l'interdiction pour le franchisé d'exercer une activité concurrente à celle du franchiseur à la fin du contrat, dans certaines circonstances et pour certains motifs.

Dans le cas du « contrat d'agence », l'article 9 permet de mettre en place une obligation de non-concurrence post-contractuelle, mais celle-ci ne peut excéder deux ans et est limitée au domaine ou au champ de clients confiés à l'agent. Toutefois, la loi visée, par son article 13, paragraphe g), oblige le mandant à payer à l'agent une indemnité en contrepartie de son engagement de non-concurrence.

Dans le cas du règlement européen, son article 5, §3, permet

également aux parties de mettre en place une telle limitation, mais impose quatre conditions cumulatives pour que cela soit licite : (i) elle concerne des biens et services qui sont concurrents avec les biens et services prévus dans le contrat ; (ii) elle est limitée aux locaux et terrains à partir desquels le « franchisé » a exercé son activité pendant la durée du contrat ; (iii) elle est indispensable pour protéger le savoir-faire transféré par le « franchiseur » au « franchisé » et (iv) elle est limitée à une période maximale d'un an après la fin du contrat. L'absence de l'une de ces conditions entraîne le retrait de la clause du régime d'exemption accordé par le règlement, la rendant nulle et non avenue au regard du droit européen de la concurrence. Toutefois, à la lumière des principes de l'ordre juridique portugais, qui exigent l'utilisation et la réduction d'une clause nulle à son contenu essentiel et à la volonté des parties de manière licite, ce n'est en principe que lorsque la clause n'est pas indispensable à la protection du savoir-faire transféré par le franchiseur au franchisé, qu'une telle clause serait absolument nulle.

Si l'existence du savoir-faire est prouvée et que sa protection est justifiée, il est possible de stipuler une obligation de non-concurrence

post-contractuelle, d'une durée maximale d'un an après la fin du contrat et limitée aux locaux à partir desquels le franchisé opérait.

A ce stade, dans le cadre du système juridique portugais, il reste une hypothèse fondamentale à remplir, qui découle du système juridique portugais, et qui n'a pas été écartée par la législation européenne : le paiement d'une indemnité au franchisé, conformément aux dispositions de

l'article 13(g) de la loi sur le contrat d'agence.

Une question qui n'est pas encore entièrement réglée est celle de savoir si, en l'absence d'une stipulation contractuelle sur le montant de l'indemnité, une telle clause est valable. La Cour suprême de justice a cependant fini par comprendre que l'absence de stipulation du droit à l'indemnisation ou l'indication du montant de l'indemnisation dans

le contrat n'invalide pas la clause.

La question laissée ouverte par la Cour, et qui est toujours en discussion, est de savoir s'il est acceptable que le franchisé soit forcé de se conformer à une obligation sans connaître, ou sans convenir à l'avance, du montant de l'indemnité à laquelle il a légalement droit et si son refus de se conformer jusqu'à ce qu'une telle décision soit prise est légitime.



*Auteurs : Cavaleiro Machado, Avocat - Cavaleiro Machado*

E : cavaleiro@cm-law.eu

www.cm-law.eu



CAVALEIRO MACHADO  
& Associados  
Sociedade de Advogados, SP, RL

---

## Votre Contact



**Grégoire Toulouse**

Head of Franchise & Distribution

Paris, France

T +33 (0)1 72 74 03 33

E g.toulouse@taylorwessing.com