

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 2 : La concurrence interdite

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : La concurrence interdite au salarié.....	p. 2
§ 1 : Pendant l'exécution du contrat de travail.....	p. 2
§ 2 : La clause de non concurrence post contractuelle.....	p. 2
Section 2 : La concurrence interdite au cédant.....	p. 5
Section 3 : L'associé.....	p. 6
§ 1 : La non concurrence de l'associé acteur.....	p. 6
§ 2 : La non concurrence de l'associé vendeur.....	p. 6
Section 4 : La concurrence interdite au distributeur revendeur.....	p. 8
§ 1 : Pendant l'exécution du contrat.....	p. 8
A - L'agent commercial.....	p. 8
B - Le distributeur exclusif.....	p. 8
§ 2 : Après le contrat.....	p. 10
A - L'agent commercial.....	p. 10
B - Le distributeur en réseau.....	p. 11

La concurrence générée par certaines personnes peut être redoutable pour d'autres. Les exemples de l'ancien salarié, fort de sa connaissance de la précédente entreprise, ou encore du cédant d'un fonds de commerce à qui la clientèle peut être attachée, illustrent bien le risque encouru par l'ancien employeur ou le cessionnaire.

Pour atténuer cette menace, la pratique a imaginé, au XIX^{ème} siècle, l'insertion de clauses contractuelles visant à interdire la concurrence de celui dont elle serait la plus pernicieuse. Ces dispositions, mettant à la charge du débiteur une obligation de non concurrence, font l'objet d'appellations différentes selon le cadre dans lequel elles sont insérées. Ainsi parle-t-on de clause de non concurrence d'un associé, de clause de *non-rétablissement* du vendeur de fonds de commerce, de clause de *non-réembauchage* d'un salarié ou encore de clause de *non-réinstallation* du médecin qui cède son cabinet. Derrière ce manque d'unité du vocabulaire employé, se profile, pourtant, l'idée d'obliger un individu à s'abstenir de concurrencer une autre personne. En d'autres termes, il s'agit toujours de mettre à sa charge une obligation de non concurrence et de poser une restriction au principe de liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté du travail pour les salariés.

En savoir plus : Pour une approche globale de la question

V. M. Depincé, « La clause de non concurrence et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259.

Section 1 : La concurrence interdite au salarié

§ 1 : Pendant l'exécution du contrat de travail

Si certains pays européens disposent d'un corps de textes consacré à l'obligation de non concurrence du salarié (V. par exemple, l'[article 2105 du Code civil](#) italien qui dispose que « *l'employé ne doit pas traiter d'affaires pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers en concurrence avec l'employeur* »), tel n'est pas le cas de la France où la jurisprudence a du forgé elle-même les règles applicables à la matière. Ainsi, enseigne-t-elle, de manière constante, que le salarié est débiteur d'une obligation de non concurrence de plein droit envers son employeur pendant la durée du contrat de travail. On ne saurait être à la fois collaborateur et concurrent.

Exemple

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, pu énoncer qu'« *un employé ne peut, sans manquer aux obligations résultant de son contrat de travail, exercer une activité concurrente de celle de son employeur pendant la durée du contrat de travail* » (Cass. com., 8 fév. 1965, *Bull. civ. III*, n° 96 ; D. 1965, *Somm.* 96, obs. Y. Serra). La Chambre sociale de la Cour de cassation adopte la même conception en affirmant que, le salarié, « *même en l'absence de clause expresse est tenu par une obligation de non concurrence vis-à-vis de son employeur jusqu'à l'expiration de son contrat* » (Cass. soc., 5 mai 1971 : *Bull. civ. V*, n° 327. V. aussi : Cass. soc. 19 oct. 1978 : *Bull. civ. V*, n° 689. – 25 janv. 1984 : *Bull. civ. V*, n° 31 ; D.S. 1984, *inf. rap.* 445, obs. Y. Serra). La solution ainsi retenue est tout à fait légitime. Elle traduit l'obligation de fidélité que doit respecter tout salarié le temps de son contrat de travail (Cass. soc., 12 février 2014, n° [12-24133](#)). Celle-ci est parfois expressément mentionnée par les juges. Ainsi, la Cour de cassation approuve-t-elle les juges du fonds d'avoir relevé que « *le salarié est tenu, pendant toute la durée d'exécution de son contrat de travail, d'une obligation de fidélité, et ne peut, sans y manquer, exercer une activité concurrente de celle de son employeur* » (Cass. soc., 18 mai 1978 : *Cahiers prud'homaux* 1978, p. 203. – 15 nov. 1984 : *D.* 1985, 383, note Y. Serra. – 30 avr. 1987 : *D.* 1988, *Somm.* 175, obs. Y. Serra. – CA Versailles 6 avr. 1993 : *D.* 1994, *Somm.* 217, obs. Y. Serra).

Aussi, « *constitue un acte de concurrence déloyale le fait, pour une société à la création de laquelle a participé le salarié d'une société concurrente, de débiter son activité avant le terme du contrat de travail liant ceux-ci* » (Cass. com., 7 déc. 2022, n° [21-19.860](#), publié au bulletin).

§ 2 : La clause de non concurrence post contractuelle

Après l'expiration de son contrat de travail, le salarié recouvre une pleine et entière liberté. Aucune obligation de non concurrence de plein droit ne lui fait défense de s'établir à son propre compte ou de se faire embaucher par une entreprise concurrente. Le contraire entraverait illégitimement les principes de liberté du travail et de liberté de la concurrence. Seule une clause expresse, acceptée de façon claire et non équivoque par le salarié (Cass. soc., 1^{er} avr. 2020, n° [18-24472](#)) contenue dans son contrat de travail pourrait, en définitive, l'en empêcher. La jurisprudence n'a cessé de répéter ce principe par des formulations plus qu'explicites. Ainsi, peut-on lire que « *la liberté du travail et de la concurrence implique que le salarié qui retrouve son indépendance à la fin du contrat de travail soit en droit de s'établir à son propre compte ; qu'à défaut d'être engagé par une clause expresse de non concurrence, il peut donc concurrencer librement son ancien employeur dès lors que son comportement n'est pas déloyal* » (CA Versailles, 26 juill. 1989, D. 1990, Somm. p. 335, obs. Y. Serra). Son action sera toutefois bornée par la concurrence déloyale qui pourrait être reprochée à son nouvel employeur. Ainsi, en vertu de l'article [1240](#) du Code civil, « *la détention ou l'appropriation d'informations confidentielles appartenant à une société concurrente apportées par un ancien salarié, ne serait-il pas tenu par une clause de non-concurrence, constitue un acte de concurrence déloyale* » (Cass. com., 17 mai 2023, n° [22-16.031](#), publié au Bulletin).

Une clause de non concurrence peut également s'appliquer si elle a été prévue dans le contrat et si elle respecte quatre conditions cumulatives (« *une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle auprès de laquelle il était intervenu lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une clause de non-concurrence ; que cette clause n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* » : Cass. soc., 15 mars 2017, n° [15-28142](#)) :

- limitation dans le temps ;
- limitation dans l'espace (qui peut être extrêmement vaste : Cass. soc., 3 juillet 2019, n° [18-16134](#)), dans le périmètre d'activité du salarié (Cass. soc., 8 janvier 2020, n° [18-16667](#)) ;
- protection des intérêts légitimes de l'entreprise : La jurisprudence, pour combiner liberté contractuelle et liberté de concurrence, a en effet limité l'étendue de la clause de non concurrence dans le temps et dans l'espace en exigeant en 1992, qu'elle vise à préserver les intérêts légitimes de l'entreprise (Cass. soc., 14 mai 1992 : D. 1992, p. 350, note Y. Serra ; JCP 1992, II, 21889, note J. Amiel-Donat). C'est parce que l'exercice par l'ancien salarié de son activité présenterait un risque concurrentiel pour l'entreprise, que la clause se trouve justifiée et causée (un problème peut surgir lorsque cet intérêt a disparu : Cass. soc., 7 mars 2007 : JCP E 2007, p. 2153, note L. Arcelin) ;
- compensation financière (Cass. soc., 10 juill. 2002 (3 arrêts) : D. 2002, p. 2491) qui a « *la nature d'une indemnité compensatrice des salaires* » et ouvre donc « *droit à congés payés* » (Cass. soc., 4 novembre 2020, n° [18-20.210](#), à paraître au Bulletin. – 27 mai 2021, n° [19-23.984](#)). Le régime de l'indemnité compensatrice donne lieu à une abondante jurisprudence. Ainsi, une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie (Cass. soc., 15 nov. 2006 : Bull. soc. n° 341). Dans le même sens, le salarié qui respecte une clause de non concurrence nulle a droit à l'indemnisation (Cass. soc., 17 nov. 2010 : JCP E 2011, 1037, note I. Beyneix). L'abstention de paiement de la contrepartie par l'employeur ne vaut pas renonciation à la clause de non concurrence (Cass. soc., 20 nov. 2013, n° [12-20074](#) : Contrats, conc. consom. 2014, comm. n° 36, obs. M. Malaurie-Vignal). La jurisprudence a encore retenu que doit être réputée non écrite la minoration par les parties, dans le cas d'un mode déterminé de rupture du contrat de travail, de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence (Cass. soc., 9 avril 2015, n° [13-25847](#)). Enfin, la Chambre sociale a posé le principe de non versement de la contrepartie financière après la violation de l'obligation de non concurrence par le salarié (Cass. soc., 24 janvier 2024, n° [22-20.926](#), F-B : Contrats, conc. consom. 2024, comm. n° 76, note H. Aubry).

Est nulle dans son ensemble la clause réservant à l'employeur la faculté de renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction, aux obligations qu'elle fait peser sur le salarié, dans la mesure où elle laisse ce dernier dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler (Cass. soc., 2 déc. 2015, n° [14-19029](#),

Bulletin social, n° 3). C'est encore cette incertitude qui a été sanctionnée dans un arrêt du 29 avril 2025 : « en cas de licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement, l'employeur, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, doit le faire au plus tard à la date du départ effectif du salarié de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires, dès lors que le salarié ne peut être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler. L'arrêt constate que la lettre de licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement du 27 septembre 2018 informe le salarié qu'il n'effectuera pas de préavis et ne comporte pas de mention relative à la levée de la clause de non-concurrence, celle-ci n'étant intervenue que lors de la délivrance du certificat de travail le 8 octobre 2018. La cour d'appel en a exactement déduit que la renonciation par l'employeur au bénéfice de la clause de non-concurrence était tardive, en sorte que l'employeur en devait la contrepartie financière au salarié » (Cass. soc., 29 avril 2025, n° [23-22.191](#)).

En matière de rupture conventionnelle, l'employeur, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, doit le faire au plus tard à la date de rupture fixée par la convention, nonobstant toutes stipulations ou dispositions contraires (Cass. soc., 26 janv. 2022, n° [20.15755](#), publié au bulletin).

Pour le salarié particulier qu'est le VRP (Vendeur Représentant Placier), la convention collective de 1975 a fixé le cadre général des clauses de non concurrence post-contractuelles. Elle doit être limitée dans l'espace et le temps (2 ans à compter de la fin du contrat), faire l'objet d'une contrepartie financière variant selon la durée de l'obligation de non concurrence (Cass. soc., 7 mars 2007 : *Bull. V*, n° 43). La convention collective des VRP ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne peut valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié (Cass. soc., 12 oct. 2011 : *D.* 2011, p. 2605).

Dans le domaine des pompes funèbres, selon la convention collective nationale des pompes funèbres du 1er mars 1974, « lorsqu'une clause de non-concurrence est mentionnée au contrat de travail, elle doit faire l'objet d'une contrepartie financière fixée au minimum, pour le personnel dont l'ancienneté dans l'entreprise est supérieure ou égale à un an, au montant de l'indemnité de licenciement pour un agent de même catégorie ayant 20 ans d'ancienneté. Le salaire mensuel de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de non-concurrence est la rémunération mensuelle moyenne brute des 12 derniers mois précédant la date de rupture du contrat » (Cass. soc., 14 mai 2025, n° [23-22.710](#)).

Section 2 : La concurrence interdite au cédant

Lorsqu'une personne acquiert un fonds de commerce, elle entend bénéficier de la clientèle que s'est attaché progressivement le cédant. Ce dernier pourrait, cependant, être tenté de reprendre ses activités en se rétablissant à proximité de son ancien fonds. Cette concurrence serait fort fâcheuse pour le cessionnaire et viendrait par là même, remettre en cause l'opération. On comprend alors la nécessité d'insérer dans l'acte de vente une clause de non concurrence visant à obliger le cédant à s'abstenir de toute concurrence envers le cessionnaire.

En l'absence d'une telle disposition, la jurisprudence s'est interrogée sur le point de savoir s'il existait une obligation de non concurrence de plein droit à la charge du vendeur. La Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé de consacrer cette restriction de liberté de concurrence du vendeur, considérant, sans doute que « *l'obligation de non concurrence n'entraîne pas dans l'économie légale du contrat* » (Y. Serra, *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Coll. Droit usuel affaires, Dalloz, 1991, p. 21, n° 23). Cette analyse allait pourtant être abandonnée, sous l'impulsion des tribunaux. Bien avant le revirement décisif de la Chambre civile, les juridictions du fond avaient, en effet, reconnu le cédant comme garant de la chose vendue en application des [articles 1625 et suivants](#) du Code civil.

Ce fondement légal de l'obligation de non concurrence fut consacré par l'arrêt du 11 mai 1898 dans lequel la Chambre civile de la Cour de cassation énonce que « *l'obligation de garantie emporte, pour le vendeur d'un fonds de commerce, le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé* » (Cass. civ., 11 mai 1898 : S. 1898, I, 205).

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence a donc admis l'idée d'une obligation de non concurrence de plein droit, c'est-à-dire d'origine légale puisque fondée sur les articles 1625 et suivants du Code civil (Cass. com., 24 mai 1976 : *Bull. civ. IV*, n° 175. – Cass. com., 25 mars 2014, n° [13-15725](#). – 8 avril 2014, n° [13-14693](#)), à l'égard du vendeur, à côté d'une obligation de non concurrence d'origine volontaire. Il s'en suit que, même en l'absence de clause expresse, le vendeur ne peut accomplir des faits, même licites et légitimes, qui privent l'acquéreur des avantages que doit lui procurer le fonds vendu, dans l'état où il se trouvait lors de la cession, c'est-à-dire fort d'une clientèle régulière et habituelle.

L'intérêt d'insérer une clause de non concurrence réside bien évidemment dans la possibilité de préciser l'étendue de l'obligation (V. C.-E. Bucher, « La clause de non concurrence (cession de fonds de commerce) », *Contrats, conc. consom.* 2021, Formule 7). Quand bien même serait-elle bien circonscrite d'un point de vue géographique (pour une clause valable car limitée aux territoires dans lesquels la société cédée ou l'une de ses filiales exercent leur activité, à savoir l'EEE, les Etats-Unis d'Amérique, le Canada, le Japon, l'Inde et la Russie, V. CA Paris, 1^{er} juill. 2014, RG n° 13/08215, *Bull. Joly Sociétés*, 11/2014, p. 432, note P.-L. Périn et T. Dupont) et temporel, elle doit être proportionnée aux intérêts à protéger et ne pas aller au-delà en attendant trop gravement à la liberté commerciale de son débiteur (Cass. com., 13 décembre 2011, n° [10-21653](#)). Il est donc important de bien préciser l'activité interdite (Cass. com., 12 mai 2015, n° [14-13865](#)). Au delà du périmètre contractuel, le cédant est autorisé à se réinstaller (Cass. com., 8 avril 2014, n° [13-11377](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 154, obs. M. Malaurie-Vignal) en exerçant toutefois son activité de manière loyale sous peine de voir sa responsabilité délictuelle engagée sur le fondement d'une action en concurrence déloyale (art. 1382 du C. civ., devenu art. 1240). De la même façon, à l'expiration de la clause, une action en concurrence déloyale peut être intentée contre l'ancien cédant indélicat. L'obligation de non concurrence née d'une clause est personnelle et ne saurait être transmise à un tiers acquéreur du fonds (Cass. com., 11 mars 2014, n° [13-12507](#). – 6 novembre 2012, n° [11-19457](#)).

La participation du cédant dans une société concurrente en violation de son obligation peut être très délicate à démontrer dans le cas de montage juridique et de sociétés intermédiaires (V. CA Paris, 1^{er} juill. 2014, RG n° 13/08215 : op. cit.).

Section 3 : L'associé

La logique voudrait que l'associé d'une société ne concurrence pas celle-ci. Pourtant, la jurisprudence est loin d'être aussi tranchée et retient une approche plus casuistique. Il convient là encore de distinguer selon que l'associé est acteur, c'est-à-dire pendant sa participation à la vie sociale (§ 1) ou qu'il est vendeur, cédant ses parts ou actions (§ 2).

§ 1 : La non concurrence de l'associé acteur

La loi peut imposer une non concurrence à l'associé acteur c'est-à-dire tant qu'il détient des parts ou actions dans la société. Cette obligation de plein droit découle de l'objet de la société et de l'implication de l'associé. Ainsi, lorsque les associés se sont unis pour rechercher et développer une clientèle (Société civile professionnelle, art. 4, Loi 29 nov. 1966 – Société d'exercice libéral, art. 21, Loi 31 déc. 1990), ou bien lorsque l'associé cumule un contrat de travail, ou encore lorsqu'il a réalisé un apport en industrie ([art. 1843-3 du Code civil](#)) ou un apport de fonds de commerce ou de clientèle, l'associé est tenu à une obligation de non concurrence de plein droit.

En dehors de ces cas, le juge n'impose nullement une telle obligation.

Exemple

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que, sauf stipulation contraire des statuts, un associé de SARL n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société ni d'informer celle-ci d'une telle activité. Il doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale (Cass. com., 15 nov. 2011, n° [10-15049](#) – 19 mars 2013, n° [12-14407](#) : *JCP G* 2013, 640). Le principe a été confirmé pour les actionnaires d'une SAS (Cass. com., 10 sept. 2013, n° [12-23888](#) : *JCP E* 2013, 1580).

Si la simple qualité d'associé ne lui interdit pas de concurrencer loyalement sa société (Cass. com., 8 février 2017, n° [15-17904](#) : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 75, obs. M. Malaire-Vignal), il est en revanche possible de le prévoir contractuellement en incluant dans les statuts une clause de non concurrence.

Exemple

Par ailleurs, la jurisprudence a reconnu que l'associé « influent » au sein d'une société pouvait être tenu par une obligation de non concurrence (Cass. com., 6 mai 1991, *D.* 1991, p. 609, note A. Viandier ; *Rev. Sociétés* 1991, p. 760, note Y. Guyon. – CA Rouen, 19 nov. 2009 : *Rev. Sociétés* 2010, p. 297, note A. Brès).

§ 2 : La non concurrence de l'associé vendeur

Une clause de non concurrence peut être stipulée dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires et prévoir que l'associé cédant ses parts sociales ou ses actions sera tenu de ne pas concurrencer la société qu'il quitte. La clause est subordonnée à des conditions géographique et de temps et doit être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger (CA Paris, 1^{er} Juillet 2014, n° 13/08125 : *BRDA* 15-16/14, n° 10).

Ainsi, la Chambre commerciale a-t-elle affirmé : « *vu les articles 1131 et 1134 du Code civil. Attendu qu'une clause de non concurrence prévue à l'occasion d'une cession de droits sociaux est licite à l'égard des actionnaires qui la souscrivent dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ; que sa validité n'est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière que dans le cas où les associés ou actionnaires avaient, à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'ils se sont engagés à ne pas concurrencer* » (Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-25984, *Contrats, conc. consom.*, 2013, comm. n° 260, obs. M. Malaurie-Vignal).

Une contrepartie financière peut être exigée lorsque l'associé revêtait également la qualité de salarié.

« Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article 1131 du code civil ; Attendu que lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de **non-concurrence** signée par lui, n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ; Attendu que pour condamner in solidum M. X... et la société Coquelle Gourdin à payer à la société HBI une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour avoir violé la clause de non-concurrence inscrite dans le pacte d'actionnaires du 13 février 2004, l'arrêt retient que la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière ; Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés. » (Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824, JCP E 2011, 1409, note A. Couret et B. Dondero ; JCP E 2011, 1826, n° 5, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; D. 2011, p. 2758, obs. E. Lamazerolles ; D. 2011, p. 1261, note Y. Picod).

Il faudra vérifier en quelle qualité le débiteur de l'obligation de non concurrence a souscrit son engagement (Cass. soc., 27 février 2013, n° [11-27625](#)). Dans l'affaire tranchée le 15 mars 2011, le débiteur de l'obligation était avant tout un salarié qui avait obtenu 40 actions pour 1 euro symbolique pour bons et loyaux services. C'est donc son statut principal de salarié qui a commandé d'apprécier la validité de la clause au regard des principes du droit du travail.

Le principe est donc qu'« une clause de non-concurrence insérée dans une convention de cession de titres est licite lorsque les obligés n'ont pas la qualité de salariés au jour de la souscription de l'obligation et que la clause est limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ». Aussi, la Cour d'appel qui relève que, « lors de la signature du protocole de cession contenant la clause de non-concurrence contestée, M. [I], alors associé et dirigeant de la société BS Plus, n'avait pas la qualité de salarié de cette société et ne bénéficiait que d'une simple promesse d'embauche » pouvait « à bon droit jugé que la validité de la clause de non-concurrence litigieuse n'était pas soumise à la condition d'existence d'une contrepartie financière » (Cass. com., 23 juin 2021, n° [19.24488](#)).

A défaut de clause de non concurrence, le vendeur de droits sociaux, comme le vendeur d'un fonds de commerce, reste tenu par la garantie d'éviction et s'oblige à une non-concurrence qui doit être proportionnée aux intérêts légitimes du cessionnaire : « Vu les principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté d'entreprendre et l'article 1626 du Code civil :

Il se déduit de l'application combinée de ces principes et de ce texte que si la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre peuvent être restreintes par l'effet de la garantie d'éviction à laquelle le vendeur de droits sociaux est tenu envers l'acquéreur, c'est à la condition que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger » (Cass. com., 10 nov. 2021, n° [21-11.975](#) : Contrats, conc. Consom. 2022, comm. n° 26, obs. M. Malaurie-Vignal). Le secteur d'activité, le temps écoulé, la géographie seront des paramètres pour apprécier cette proportionnalité.

Dans le même sens, l'associé cédant n'est pas exempt d'une obligation de loyauté : exerçant une activité concurrente, il pourra le cas échéant engager sa responsabilité civile pour concurrence déloyale. Même en présence d'une clause de non concurrence, le créancier peut invoquer la concurrence déloyale si les faits sont distincts. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « le créancier d'une obligation contractuelle peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation des règles de la responsabilité délictuelle dès lors qu'il invoque des faits distincts » (Cass. com., 1^{er} déc. 2021, n° [19-26181](#) : RDC 2022, p. 114, note J.-Ch. Roda).

A noter enfin que la clause de non concurrence peut tomber sous le coup des ententes anticoncurrentielles si elle aboutit à un partage du marché entre les parties.

Exemple

Trib. UE, 28 juin 2016, aff. [T-208/13](#), Portugal Telecom SGPS et 28 juin 2016, aff. T-216/03, Telefonica, RDC 2017, p. 113, note L. Idot.

Section 4 : La concurrence interdite au distributeur revendeur

Le distributeur non salarié d'un fournisseur peut être tenu pendant la durée du contrat (§ 1) comme après son extinction (§ 2) à une obligation de non concurrence. Les situations divergent cependant en fonction du statut du distributeur.

§ 1 : Pendant l'exécution du contrat

Selon le type de distribution choisie par le fournisseur en fonction de ses produits ou services, la concurrence peut être recherchée comme étant un facteur d'attractivité de la clientèle, ou au contraire interdite. Ainsi sera-t-elle promue dans les réseaux de distribution sélective grâce à l'insertion de clauses d'environnement concurrentiel mais peut-être exclue dans les autres modes de distribution comme par exemple dans le cas d'une concession exclusive.

Sont condamnées par le droit des ententes les obligations de non concurrence pendant l'exécution de l'accord, d'une durée supérieure à 5 ans, ou indéterminée (art. 5-1, a Règlement UE, n° 2022-720 du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux). Toutefois, cette limitation de la durée de 5 ans ne joue pas lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur (art. 5-2).

Nous allons nous focaliser sur deux types de distributeurs dont la non concurrence pendant l'exécution du contrat appelle des remarques particulières : l'agent commercial (A) et le distributeur exclusif (B).

A - L'agent commercial

L'agent commercial est tenu, en vertu de l'article [L. 134-4](#) du Code de commerce, d'une obligation de loyauté vis à vis du mandant. Celle-ci se traduit par une interdiction de représenter des entreprises concurrentes à celle du mandant et aussi par une interdiction d'exercer lui-même une activité concurrente ([art. L. 134-3](#)). C'est une obligation de non concurrence, non limitée - sauf clause contraire - au territoire où le mandat doit être exécuté (Cass. com., 8 oct. 2013, n° [12-24064](#)). Le mandant peut y renoncer expressément (art. L. 134-3). Ainsi peut-il insérer une clause de non concurrence dans le contrat, clause qui doit alors respecter trois conditions de validité : limitation territoriale, limitation géographique et proportionnalité à l'objet du contrat et nécessaire à la protection des intérêts légitimes de son bénéficiaire (Cass. com., 11 mai 2017, n° [15-12872](#)). Le contrat peut aussi aller plus loin et mettre à la charge de l'agent une obligation d'exclusivité qui empêche l'agent de travailler pour d'autres entreprises, même non concurrentes de celle du mandant.

L'agent commercial contrevenant à son obligation de loyauté en omettant de préciser à son mandant sa représentation d'une entreprise concurrente, est tenu de réparer le préjudice souffert par le mandant résultant non pas de la concurrence effectuée mais de la privation de la possibilité de prendre des mesures appropriées pour pallier cette concurrence (Cass. com., 7 janv. 2014, n° [12-29934](#)).

B - Le distributeur exclusif

Le distributeur exclusif qui bénéficie de la part de son concédant d'une exclusivité territoriale doit respecter celle accordée aux autres concessionnaires, ce qui correspond à une interdiction de concurrence intra-marque. Elle est toutefois limitée aux ventes actives, c'est-à-dire celles adressées à la clientèle de territoires exclusifs d'autres distributeurs, et non aux ventes passives répondant à des demandes non sollicitées, émanant de

clients individuels. A défaut, le distributeur engage sa responsabilité civile délictuelle pour concurrence déloyale à l'égard des autres membres du réseau.

En effet, l'exclusivité territoriale a un objet et un effet restrictif de concurrence, ce qui conduit à apprécier l'accord au regard des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles, essentiellement les ententes (V. Leçon 7). Le Règlement n° 2022-720 du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux prévoit que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels. Des exceptions existent toutefois. Pour les distributeurs exclusifs, sont autorisées les clauses stipulant :

« i) la restriction des ventes actives du distributeur exclusif et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq autres distributeurs exclusifs ;

ii) la restriction des ventes actives ou passives du distributeur exclusif et de ses clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels ;

iii) la restriction du lieu d'établissement du distributeur exclusif ;

iv) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par un distributeur exclusif agissant en tant que grossiste sur le marché ;

v) la restriction de la capacité du distributeur exclusif à vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur. »

Pour le distribution sélective, sont exemptées les clauses stipulant :

« (1) la restriction des ventes actives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq distributeurs exclusifs ;

(2) la restriction des ventes actives ou passives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélective est opéré ;

(3) la restriction du lieu d'établissement des membres du système de distribution sélective ;

(4) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que grossistes sur le marché ;

(5) la restriction de la capacité de vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur. »

On peut se demander si la non concurrence s'applique à un site Internet accessible par essence hors du territoire concédé.

Avant la réforme de 2022, les lignes directrices du 10 mai 2010 prises en application du Règlement n° 330/2010 distinguaient utilement vente active et vente passive. Elles exposaient que la protection de territoires exclusifs ou de clientèles exclusives devait permettre les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles, sachant que les ventes passives étaient définies comme le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients (point 51). Le point 52 était consacré à la vente sur Internet. La Commission européenne affirmait que, « en principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur ».

Exemple

Un site non orienté spécifiquement pour atteindre la clientèle protégée n'est pas assimilable à un point de vente dans le secteur protégé (Cass. com., 14 fév. 2012, n° [09-11689](#), n° [09-11690](#), n° [09-11691](#)). Ainsi, est une vente passive le contrat conclu avec un client hors territoire exclusif suite à sa visite du site internet du distributeur. Il en va de même lorsqu'un client demande à être informé automatiquement par le distributeur (newsletter) et que cela débouche sur une vente.

En revanche, certaines publicités en ligne peuvent constituer des ventes actives lorsqu'elles sont adressées à certains clients. Dans le même sens, « payer un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier constitue une forme de vente active sur ce territoire » (point 53).

Le Règlement n° 2022-720 et les lignes directrices du 10 mai 2022 se sont beaucoup plus tournés vers les problématiques de la distribution sur Internet. Il est désormais clairement établi que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet : « (...) e) d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels, étant donné que cela restreint le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, les biens ou services contractuels peuvent être vendus au sens des points b), c) ou d) du présent article, sans préjudice de la possibilité d'imposer à l'acheteur :

i) d'autres restrictions des ventes en ligne ; ou

ii) des restrictions de la publicité en ligne qui n'ont pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne. »

§ 2 : Après le contrat

A - L'agent commercial

L'agent commercial peut être tenu par une clause de non concurrence post-contractuelle. Les conditions de validité de celle-ci sont encadrées par l'article [L. 134-14](#) du Code de commerce :

« Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat.

Cette clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat.

La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat. »

Outre une durée maximale fixée à deux ans, la clause de non concurrence doit donc préciser le secteur géographique limité ainsi que la clientèle ou le type de biens visés. A défaut, la clause encourt la nullité (Cass. com., 15 mai 2012, n° [11-18330](#)).

Le principe de proportionnalité s'applique par ailleurs à l'ensemble des clauses de non concurrence et commande donc de vérifier si celle à la charge de l'agent est justifiée par des intérêts légitimes à protéger, compte tenu de l'objet du contrat (Cass. com., 17 janv. 2012, n° [10-27701](#)) et si elle n'a pas pour effet d'empêcher l'ancien agent d'exercer activité professionnelle (Cass. com., 4 juin 2002, n° [00-14688](#) : *Bull. civ. IV*, n° 98).

Exemple

Partant, une clause litigieuse empêchant un agent commercial d'exercer, pendant deux ans, l'activité de vente d'espaces publicitaires et d'opérations de marketing opérationnels et de promotions sur un territoire non défini et sans que soient visés les annonceurs concernés par cette interdiction, de sorte que l'intéressé ne pouvait plus exercer sa profession d'agent de vente d'espaces publicitaires dans un quelconque secteur et sur tout le territoire national pendant cette période, est nulle (Cass. com., 23 sept. 2014, n° [13-21285](#)).

En revanche, aucune contrepartie financière n'est retenue comme condition de validité de la clause, comme c'est le cas en droit du travail (Cass. com., 4 déc. 2007, n° [06-15137](#) : *Bull. civ. IV*, n° 255. – 31 janv. 2012, n° [11-11071](#)).

L'existence d'une clause de non concurrence n'entre pas en ligne de compte dans le calcul de l'indemnité de rupture du contrat due à l'agent (Cass. com., 20 mars 2012, n° [11-10883](#)).

B - Le distributeur en réseau

Le distributeur en réseau peut avoir à sa charge une obligation de non-concurrence post-contractuelle. En vertu de l'article 5-2 b) du Règlement n° [2022-720](#) du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, la clause stipulant un "obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services" ne peut être exemptée. Par dérogation, la clause de non-concurrence est exemptée si les conditions suivantes (art. 5-3) sont remplies :

- a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels ;
- b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ;
- c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ;
- d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

On retrouve des conditions similaires en droit de la distribution puisque la clause de non-concurrence peut relever de l'article [L. 341-2](#) du Code de commerce (V. Ph. Grignon, « La clause de non concurrence », *Contrats, conc. consom.* avril 2021, Dossier Technique contractuelle : Morceaux choisis, 9, p. 25). Le I de ce texte dispose que :

« Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article [L. 341-1](#), de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite ».

Le II s'empresse cependant d'écarter l'application du I aux clauses remplissant les conditions cumulatives suivantes :

« 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article [L. 341-1](#) ».

Comme l'expose la Cour de cassation, cet article [L. 341-2](#) du code de commerce « vise à mettre un terme aux pratiques contractuelles des réseaux de distribution commerciale qui restreignent la liberté d'entreprendre de leurs affiliés, exploitants de commerce de détail, en dissuadant les changements d'enseigne. Son objectif est de faciliter les changements d'enseigne en vue d'augmenter le pouvoir d'achat des consommateurs, de diversifier l'offre, tout en permettant aux commerçants de faire jouer la concurrence entre enseignes, notamment au niveau des services que celles-ci proposent » (Cass. com., 5 juin 2024, n° [23-15.741](#)). S'agissant du champ d'application de la disposition, toutes les clauses de non concurrence ne sont pas visées, l'exigence de transmission d'un savoir-faire (3°) venant circonscrire largement le champ d'application des textes. Mais, "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" (Cass. com., 5 juin 2024, op. cit.).

La jurisprudence est particulièrement abondante concernant la clause de non concurrence post contractuelle à un contrat de franchise, dont la licéité peut être envisagée par le juge des référés (Cass. com., 15 mai 2024, n° [23-10.696](#), F-B : Contrats, conc. consom. 2024, comm. n° 110, obs. N. Mathey : « *Selon l'article L. 341-1 du code de commerce, l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier de ce code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 du même code, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune. La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.*

L'article L. 341-2 du code de commerce dispose :

« I.- Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

II.- Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1. »

Après avoir énoncé qu'une concurrence légalement mise en oeuvre n'est pas de nature à créer un dommage aux concurrents, retenu que les contrats de location-gérance, de franchise et d'approvisionnement avaient pour but commun de permettre l'exploitation du magasin situé [Adresse 3] à [Localité 5] et relevé que la clause de non-concurrence stipulée au contrat de location-gérance, invoquée par la société Carrefour proximité, interdisait au preneur d'exploiter un fonds de commerce de même nature pendant un délai de cinq années à compter de la résiliation, dans un rayon de cinq kilomètres à vol d'oiseau du fonds loué en milieu urbain et quinze kilomètres en milieu rural, la cour d'appel, qui n'a pas interprété l'intention des parties, a pu en déduire, sans excéder ses pouvoirs, que la licéité de cette clause de non-concurrence, qui n'était pas limitée aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerçait son activité pendant la durée du contrat et excédait une année après la résiliation du contrat, n'était pas établie avec l'évidence requise en référé au regard des dispositions de l'article L. 341-2 du code de commerce, de sorte que la société Carrefour proximité ne démontrait l'existence ni d'un dommage imminent ni d'un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser ».

La clause doit respecter les conditions de limitations temporelle et géographique (Cass. com., 4 mars 2020, n° [17-21.764](#) et [18-26.676](#) : obs. J.-B. Gouache et M. Béhar-Touchais, « Actualité du droit de la franchise 2020 », *Contrats, conc. consom.* 2020, Etudes 3.- Cass. com., 16 fév. 2022, n° [20.12885](#)) et doit être proportionnée aux intérêts du franchiseur, en particulier en termes de protection de son savoir-faire. Mais la clause ne doit pas empêcher l'ancien franchisé d'exercer sa profession.

Exemple

CA Douai, 15 oct. 2001 : *RJDA* 2002, n° 757 : est valide la clause interdisant à l'ancien franchisé de s'affilier pendant 2 ans à un réseau concurrent ou d'en créer un, mais est illicite celle qui lui interdit d'exercer pendant 2 ans une activité similaire dans tous les départements où il existe déjà un réseau à l'enseigne du franchiseur. Voir aussi Cass. com., 8 juill. 2003 : *RJDA* 2004, n° 36.

La violation de la clause se résout en dommages et intérêts sans avoir à démontrer un éventuel préjudice (Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007 : *Bull. civ. I.*, n° 212).

Moins contraignante, une clause de non-réaffiliation peut aussi être insérée dans le contrat (M. Depincé, « La clause de non-concurrence et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259) : l'ancien franchisé ne pourra pas s'affilier à un nouveau réseau mais sera libre d'exercer une activité analogue à la précédente

Exemple

(Cass. com., 28 sept. 2010, n° [09-13888](#) : *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *RLDA* 55/2010, n° 3170, obs. C. Anadon. – ADLC, déc. n° [11-D-03](#), 15 fév. 2011 : *RLDA* 61/2011, n° 59, obs. A. L.).

L'existence d'une contrepartie financière n'est pas une condition de validité de la clause de non-réaffiliation à un réseau, mais comme la clause de non concurrence, elle doit être limitée dans le temps, dans l'espace et être proportionnée aux intérêts du réseaux.

Exemple

Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-16301 : *Bull. Civ. IV*, n° 72. – 31 janv. 2012, n° [11-11071](#). – 30 mai 2012, n° [11-18779](#) : *Contrats, conc. consom.*, 2012, comm. n° 230, comm. M. Malaurie-Vignal. – 16 sept. 2014, n° [13-18710](#). – 23 sept. 2014, n° [13-22624](#). - CA Dijon, 2^{ème} ch., 8 mars 2018, n° 16/01118, Orpi : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. n° 109, obs. M. Malaurie-Vignal. En effet, « 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 » (Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-18710. La clause doit rester « proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit. Une clause de non-affiliation, en ce qu'elle porte atteinte au principe de la liberté du commerce, doit être justifiée par la protection des intérêts légitimes de son créancier (quant à la protection du savoir-faire transmis et à la faculté de concéder à un autre franchisé la zone d'influence concernée) et ne pas porter une atteinte excessive à la liberté de son débiteur, c'est-à-dire être limitée quant à l'activité, l'espace et le lieu qu'elle vise. Elle doit de surcroît, au regard de la mise en balance de l'intérêt légitime du créancier de non-affiliation et de l'atteinte qui est apportée au libre exercice de l'activité professionnelle du débiteur de non-affiliation, être proportionnée. Elle ne doit donc pas porter une atteinte disproportionnée aux intérêts du débiteur, outrepassant la nécessaire protection du savoir-faire du créancier. » : CA Paris, 8 février 2023, n° 20/14328, conf. par Cass. com., 5 juin 2024, n° [23-15.741](#)).

Les deux clauses sont très proches et la non-réaffiliation peut dans les faits correspondre à une obligation de non concurrence. Ainsi, pour l'Autorité de la concurrence, l'affiliation à une enseigne de distribution est quasiment automatique ou obligatoire dans le secteur de la distribution alimentaire : il apparaît indispensable de s'affilier pour bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractives. Si bien que les clauses de non réaffiliation s'apparentent à des clauses de non concurrence et ne viennent donc pas uniquement restreindre l'activité de commerçant mais l'interdire !

Exemple

ADLC, Avis n° [10-A-26](#), 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins d'indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. – Cass. com., 23 sept. 2014, n° [13-20454](#). – 18 déc. 2012, n° [11-27068](#).

Des remarques similaires peuvent être faites à propos des clauses de préférence, instituant un régime de priorité à l'ancien franchiseur sur la cession du fonds de commerce du franchisé.

Exemple

Cass. com., 3 mai 2018, n° [16-27926](#) : « attendu, d'une part, qu'ayant retenu, par des motifs non critiqués, d'un côté, que M. Z... avait pu bénéficier d'un partenariat commercial solide, justifiant que, par la clause, le franchiseur puisse sécuriser ses investissements pendant plusieurs années, en empêchant l'appropriation des effets commerciaux favorables de ce partenariat par un concurrent et, de l'autre, que la société Z... n'apportait aucun élément de nature à mesurer in concreto, à partir d'une analyse de marché et de données économiques, si la clause de préférence avait pour effet de restreindre artificiellement la concurrence, ce dont elle a déduit que le droit de préférence était compatible avec les règles de droit de la concurrence, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision. »

Enfin, le contrat prévoit aussi très souvent à la charge du franchisé une obligation de confidentialité pouvant être illimitée pour préserver le savoir-faire.