

Un An de  
Droit de la Distribution

# **Distribution**

# **Agence**

# **Exclusif**

# **Sélectif**

# **Franchise**

# **Internet**

Edition 2009

### Agence commerciale

1. La Qualification
2. Le Mandat d'Intérêt Commun
3. La Compétence Juridictionnelle
4. La Déchéance du Droit d'Agir
5. Le Droit à Commission
6. L'Indemnité Compensatrice du Préjudice Subi
7. L'Article L.442-6 5° C. Com
8. La Faute Grave
9. Le Calcul de l'Indemnité
10. L'Indemnité de Remploi
11. La Modification Unilatérale du Contrat

### Distribution

1. L'Action Autonome du Ministre de l'Economie
2. La Rupture Brutale des Relations Commerciales Etablies
  - 2.1 Le Caractère Etabli
  - 2.2 La Notion de Délai Raisonnable du Préavis
  - 2.3 Obligation de Bonne Foi dans la Rupture Unilatérale
  - 2.4 La Loi Applicable au Contrat

### Distribution exclusive

1. La Validité du Contrat
2. L'Atteinte à la Concurrence
3. L'Atteinte au Droit de la Consommation
4. La Rupture du Contrat

### Distribution sélective

1. La Commercialisation Hors réseau
2. La Distribution Sélective et Internet
3. L'Epuisement du Droit de Marque

### Franchise

1. La Qualification
2. La Formation du Contrat
3. L'Exécution du Contrat
4. La Responsabilité
5. La Cession
6. La Résiliation du Contrat

### Internet

1. Les Conditions Générales de Vente
2. La contrefaçon sur Internet
3. La Publicité en ligne
4. Les Hot Lines

# Agence commerciale

## 1. La Qualification.

Ralik L'agent qui passe lui-même des commandes mais au nom et pour le compte d'un mandant n'est pas un commissionnaire (Pau, 1<sup>ère</sup> ch., 3 juin 2008, RG 06/03295).

Ralik L'agent commercial qui s'engage à n'apporter aucune modification des tarifs et conditions du mandant ne bénéficie pas du statut protecteur (Cass.com., 15 janvier 2008, pourvoi n°06-14.698).

Ralik Si l'agent agit bien en qualité de mandataire mais se borne à utiliser des formulaires-types, avec obligation de les transmettre à son mandant sans que l'agent ne puisse les accepter et alors que le mandant peut refuser tout contrat ainsi transmis, le statut protecteur n'est pas applicable (Cass., com., 20 mai 2008, pourvoi n°07-13.488).

Ralik Celui qui ne bénéficie d'aucun pouvoir de négociation et assume des tâches matérielles afférentes à la diffusion des offres du fournisseur, n'effectue pas d'actes juridiques et ne peut prétendre au bénéfice du statut d'agent commercial (Cass., com., 20 mai 2008, pourvoi n°07-12.234).

Ralik Si les marchandises demeurent contractuellement la propriété du fournisseur et si l'affilié encaisse le prix de vente le versant au fournisseur, la qualification d'agence commerciale est admise, l'affilié agissant dans ce cas au nom et pour le compte du fournisseur ; l'agent commercial ne détient pas de clientèle propre et donc de fonds de commerce (Cass., com. 26 février 2008, pourvoi n° C 06-20.772).

## 2. Le Mandat d'intérêt commun.

Ralik Pour des opérations d'intermédiaires de banque, hors le statut d'agent commercial par conséquent, la présentation de clientèle sans mandat de représenter l'établissement de crédit ni réalisation d'actes juridiques au nom et pour le compte de ce dernier, ne caractérise pas « d'intérêt à la création et au développement d'une clientèle commune

entre les deux parties » (Cass. com. 8 juillet 2008, pourvoi n°07-12.759).

## 3. La Compétence Juridictionnelle.

Ralik La juridiction du lieu d'exercice de l'agent est compétente pour statuer sur la demande en paiement d'indemnité de cessation des relations, obligation autonome selon une jurisprudence constante (Cass. com., 8 juillet 2008, n°07-20.995).

## 4. La Déchéance du Droit d'Agir.

Ralik La déchéance du droit d'agir en indemnisation d'un an prévu à l'article L.134-12 du Code de commerce ne s'applique pas à l'indemnité de non respect du préavis (Cass. com. 11 mars 2008, pourvoi n°07-10.590).

## 5. Le Droit à Commission.

Ralik L'agent commercial bénéficiant d'un secteur géographique ne peut prétendre à commission sur les commandes passées par des clients auprès de tiers, centrales et revendeurs, sans contrôle direct ou indirect du mandant (Cass. com. 1<sup>er</sup> juillet 2008, pourvoi n°03-12.274, question préjudicielle CJCE, 17 janvier 2008).

## 6. L'Indemnité Compensatrice du Préjudice Subi.

Ralik L'agent démissionnaire doit être indemnisé si les fautes du mandant sont à l'origine de la résiliation par l'agent : retard dans les facturations, retard dans les paiements des commissions (Pau, 1<sup>ère</sup> chambre, 23 septembre 2008, RG 08/4084).

Ralik « Si effectivement l'insuffisance de résultats ne constitue pas en soi une faute grave, une prospection commerciale gravement insuffisante se traduisant en l'espèce par l'absence de tout résultat pendant une période de 10 mois, constitue une faute grave » ; la comparaison des ventes suscitées par deux autres commerciaux démontre que la procédure collective ouverte contre le mandant n'a pas eu d'effet sur l'activité commerciale, de sorte que l'agent commerciale ne peut s'en prévaloir (Aix-en-Provence, 2<sup>ème</sup> ch., 31 janvier 2008, n°2008/46).

Rdlik La faute post-contractuelle de l'agent (attitude contentieuse) n'écarte pas l'indemnité compensatrice (Cass., com., 23 septembre 2008, pourvoi n°07-13.338).

## 7. L'Article L.442-6 5° C. Com.

Rdlik La Cour de cassation casse l'arrêt qui écarte l'indemnité de l'agent demandée sur le fondement de l'article L.442-6 5° du Code de commerce au motif erronée qu'elle n'était pas demandée : en revanche la Cour ne statue pas clairement sur l'application de ce texte (Cass. com., 26 février 2008, pourvoi n°07-14.056).

Rdlik L'indemnité due en cas de rupture brutale des relations commerciales établies est incompatible avec l'indemnité due à l'agent commercial pour le préjudice qu'il subi en raison de la rupture du contrat d'agent (Cass.com., 26 février 2008, pourvoi n°07-14.056).

## 8. La Faute Grave.

Rdlik L'agent qui menace son mandant de le discréditer auprès de ses clients et incite des clients à ne pas régler le mandant, détruit par son attitude la confiance accordée par le mandant et justifie la résiliation pour faute grave privative d'indemnité de cessation des relations (Bordeaux, 1<sup>ère</sup> ch. section B, 27 mars 2008, inédit, RG : 06/00198).

Rdlik L'agent commet une faute grave à représenter une entreprise concurrente de celle du mandant sans son accord préalable (Cass, com., 7 octobre 2008, pourvoi n° R 07-17.108).

## 9. La Calcul de l'Indemnité.

Rdlik 24 mois de commissions hors taxes, c'est le prix de l'indemnité de cessation des relations pour un contrat ayant couru 10 ans (Orléans, ch. com, 3 juillet 2008, Jurisdata : 2008-368490).

Rdlik 9 mois de commissions, c'est le prix de l'indemnité de cessation des relations pour un contrat ayant couru 11 ans (Lyon, 3<sup>ème</sup> ch. civ., 25 septembre 2008, RG : 07/00701).

Rdlik L'obligation de non-concurrence conforme à l'article L.134-14 du Code de commerce n'a pas à être indemnisée (Cass.

com., 4 décembre 2007, pourvoi n°06-15.137).

## 10. L'Indemnité de Remploi.

Rdlik La Cour d'appel de Paris rejette l'indemnité de remploi en ce que l'acquiescement de l'impôt (taxe sur la plus-value) ne constitue pas un préjudice indemnisable (Paris, ch.5, section B, 12 juin 2008, Jurisdata : 2008-368794).

Rdlik La Cour d'appel de Bordeaux y fait droit pour « *réparer la totalité du préjudice né de la cessation des relations, conformément aux principes généraux de responsabilité civile, en indemnisant l'agent commercial d'une incidence fiscale née directement de la cessation du contrat et qu'il n'aurait pas eu à subir si celui-ci s'était poursuivi* » (Bordeaux, 1<sup>ère</sup> ch. civ., section B, 17 juillet 2008, RG 07/01280).

Rdlik En revanche à Lyon, aucune indemnité de remploi : « *l'imposition alléguée n'est pas fondée sur la rupture unilatérale et fautive du fait du mandant, mais du fait de tout transfert de clientèle, volontaire ou non* » (Lyon, 3<sup>ème</sup> ch. civ., 25 septembre 2008, RG : 07/00701).

## 11. La Modification Unilatérale du Contrat.

Rdlik Le contrat ne peut être modifié sans l'accord de l'agent si le mandant est absorbée et que l'absorbant souhaite consentir la représentation de son produit en lieu et place de ceux de l'absorbée : l'indemnité est due (Cass. com., 18 novembre 2008, pourvoi n°07-16.319).

# Distribution

## 1. L'Action Autonome du Ministre de l'Economie.

Redik L'action du Ministre de l'économie exercée en application de l'article L.442-6, III du Code de commerce est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs dont il recherchait le rétablissement dans leurs droits patrimoniaux. Le Galec a été condamné à une amende de 2 millions d'euros et à reverser à 23 fournisseurs plus de 23 millions d'euros correspondant au paiement de services de coopération commerciale non effectivement rendu. L'action du Ministre était recevable même en l'absence des fournisseurs à la cause du fait de l'autonomie de l'action du Ministre (Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761).

## 2. La Rupture Brutale des Relations Commerciales Etablies.

### 2.1 Le Caractère Etabli

Redik La relation commerciale entre une société qui vend des logiciels informatiques et un distributeur n'ayant duré que quelques mois, la Cour de cassation a retenu l'absence de caractère établi de cette relation. Les dispositions de l'article L.442-6 I 5° ne peuvent donc être invoquées (Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 06-10.390).

Redik Une société pétrolière avait repris, par avenant au contrat conclu entre l'exploitant et une précédente société, certains engagements de cette dernière. Dans ce cas, il convient de rechercher si la relation commerciale initialement nouée n'avait pas été continuée par la société pétrolière, justifiant ainsi l'existence d'une relation commerciale établie (Cass. com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.039).

Redik Le caractère établi de la relation commerciale n'est pas discutable dès lors qu'elle s'est inscrite dans la durée et qu'aucun événement perturbateur n'avait été susceptible de remettre en cause sa stabilité ou sa régularité. Il en va ainsi pour une

relation d'affaires qui a duré 27 ans (Orléans, ch. com., 29 mai 2008).

Redik Une procédure d'appel d'offres fait obstacle à la qualification de relation commerciale établie. Il n'existait pas de relations commerciales établies pour des prestations d'électricité réalisées à la suite d'un appel d'offres, puisque cette procédure comporte par essence un aléa pour celui qui s'y soumet (Versailles, 18 septembre 2008, affaire n° 077891).

Redik Une relation commerciale qui ne présente pas un minimum de régularité, ne constitue pas une relation commerciale établie. Doit être différenciée, dans le secteur de la grande distribution, l'activité permanente de l'activité promotionnelle, car cette dernière, en principe provisoire, s'oppose à la pérennité attendue d'une relation commerciale établie (T. com. Tourcoing, 10 septembre 2008).

Redik La qualification de la relation commerciale au sens de l'article L.442-6 I 5° n'a pas à être conditionnée à une durée minimale ni même au caractère contractuel de la relation. Les relations peuvent s'entendre de toute relation commerciale établie, qu'elle soit précontractuelle, contractuelle ou post-contractuelle (T. com. Paris, 25 septembre 2008).

Redik La qualification de relations commerciales établies est exclue lorsqu'il existe une juxtaposition de contrats indépendants de sous-traitance dépendant de l'ouverture de chantiers obtenus par le donneur d'ordre. Le sous-traitant qui n'avait pas de chiffre d'affaires garanti ni d'exclusivité et n'avait pas signé d'accord cadre ne peut pas invoquer de rupture au titre de l'article L.442-6 I 5° (Cass. com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-15.589).

Redik L'existence de négociations relatives à des incidents de paiement et manquements à ses obligations par l'une des parties écarte le caractère imprévisible, soudain et violent de la rupture des relations contractuelles (T. com. Paris, 24 novembre 2008, n° 2007006466, inédit).

## 2.2 La Notion de Délai Raisonnable du Préavis.

Redik Le préavis de 4 mois donné par le fournisseur pour l'arrêt des livraisons d'un produit représentant 1,25% du chiffre d'affaires du distributeur la première année, et 7,2% la seconde année, est insuffisant compte tenu de la spécificité du marché du médicament, de la notoriété du produit livré exclusivement commercialisé par le fournisseur et de la difficulté pour le distributeur de se réorganiser dans ce laps de temps. La durée de la relation commerciale établie entre les parties étant de 2 ans, le préavis raisonnable aurait dû être fixé à 6 mois (Paris, 19 mars 2008, ch. 25 section A).

Redik Le distributeur qui n'adresse aucun préavis au transporteur, alors qu'il ne rapportait pas la preuve d'un usage dans ce secteur d'activité et que les relations d'affaires remontaient à plus de 5 années, doit être sanctionné pour rupture brutale des relations commerciales établies. Un préavis de 3 mois aurait été suffisant au regard de la nature de l'activité objet de la relation contractuelle (Grenoble, ch. com., 7 mai 2008).

Redik Le fait qu'un fournisseur n'ait pas vendu les mêmes produits à des concurrents sur le marché français durant la dizaine d'années de relations commerciales avec son distributeur ne crée pas au profit de dernier le bénéfice d'une quelconque exclusivité en l'absence de manifestation non équivoque de volonté du fournisseur en ce sens. Les activités du distributeur étaient suffisamment diversifiées pour prouver que la dépendance économique envers le fournisseur était limitée. Un préavis de 6 mois était suffisant pour permettre au distributeur de rechercher de nouveaux fournisseurs, (relation de 10 ans) (Pau, 2<sup>ème</sup> ch. 19 juin 2008).

Redik Si la notification d'un appel d'offres peut constituer la manifestation de volonté de ne pas poursuivre les relations commerciales et peut ainsi faire courir le délai de préavis, encore faut-il que l'annonce soit écrite et suffisamment explicite pour traduire l'intention de ne pas poursuivre les relations. Les propos tenus lors d'une réunion sur l'intention de l'une des parties de faire un appel d'offres ne constituent pas la notification de la cessation des relations

commerciales (Lyon, 3eme ch. civ. section A 3 juillet 2008).

## 2.3 Obligation de Bonne Foi dans la Rupture Unilatérale.

Redik A été condamné à payer 250 000 euros un hypermarché qui a rompu une relation commerciale établie de 20 ans avec un fournisseur car ce dernier n'avait pas accepté les propositions transactionnelles faites dans le cadre d'un litige l'opposant à l'une des sociétés du groupe auquel appartenait l'hypermarché, et ce même si le délai raisonnable de l'article L.442-6 I 5° avait été respecté (Paris, ch. 5, section B, 5 juin 2008).

## 2.4 La Loi Applicable

Redik La cour de cassation confirme que le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur. La loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit (Cass. com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-12.336).

# Distribution exclusive

## 1. La Validité du Contrat.

Redik Une convention de fourniture exclusive est nulle pour absence de cause lorsque le fournisseur ne fournit pas de contrepartie réelle et sérieuse à l'engagement exclusif conclu pour cinq ans et portant sur un volume annuel de marchandises élevé (Angers, 24 juin 2008, Jurisdata n°2008-371614).

Redik Si les objectifs commerciaux sont imposés par un fournisseur à son distributeur exclusif de façon abusive et disproportionnée, la clause imposant cet engagement peut être déclarée nulle sur le fondement de l'article 1112 du Code civil, c'est-à-dire la violence (Cass. com.. 29 janvier 2008, n°2008-042625).

## 2. L'Atteinte à la Concurrence.

Redik L'organisation entre un fournisseur, un grossiste et les distributeurs ayant pour effet de cloisonner le marché au moyen d'exclusivités croisées d'une durée de 5 ans est susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle. C'est pourquoi le Conseil de la concurrence dans une décision confirmée par la Cour d'Appel de Paris, compte tenu de la faible intensité compétitive qui règne sur le marché des services de téléphonie mobile, a enjoint Orange et Apple à :

- suspendre l'application pour la France des stipulations faisant d'Orange l'opérateur mobile exclusif pour les produits iPhone et l'interdiction dans des contrats pour la commercialisation de futurs modèles d'iPhone d'introduire des exclusivités de même nature d'une durée supérieure à trois mois ;
- suspendre l'application des stipulations désignant Orange en qualité de grossiste habilité à titre exclusif à acheter des produits iPhone à des fins de distribution ;
- suspendre l'application des stipulations qui imposent aux distributeurs de ne se fournir qu'exclusivement et directement auprès d'Orange ;

- suspendre l'application des stipulations qui obligent chaque point de vente à offrir à la vente la gamme complète des services de téléphonie mobile pour l'iPhone. (Cons. Conc., 17 décembre 2008, n°08-MC-01 ; Paris 4 février 2009, n° 2008/23828 et 2009/00003)

Redik En revanche, lorsque le demandeur ne prouve pas que l'exclusivité concédée par des opérateurs crée un cloisonnement du marché, ses demandes doivent être rejetées. Ainsi, à défaut d'éléments probatoires, la Cour d'Appel a jugé que France Télécom n'avait pas abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en France et que l'accord exclusif conclu avec Photo Europe produirait des effets anticoncurrentiels sur le marché de la distribution de services de téléphonie mobile (Cons. Conc. 7 novembre 2007, n°07-D-37 ; Paris 17 septembre 2008).

## 3. L'Atteinte au Droit de la Consommation.

Redik Le Tribunal de Commerce de Paris a interdit à Orange de diffuser sa chaîne Orange Sport à ses seuls abonnés ADSL et l'a enjoint de fournir sa chaîne à tous les distributeurs qui en feront la demande sous astreinte de 50.000 euros par jour de retard (T. com. Paris, 23 février 2009).

## 4. La Rupture du Contrat.

Redik Sous réserve d'abus, le fournisseur est libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que les distributeurs ne bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation. En l'absence de preuve d'un abus de position dominante par le fournisseur ou d'un abus du droit qu'il a de réorganiser son réseau, un distributeur ne peut faire grief de la rupture du contrat, justifiée en l'espèce par une nécessité économique (Cass., com. 2 déc. 2008, n°07-18.775).

# Distribution sélective

## 5. La Commercialisation Hors Réseau.

Ralik Il pèse sur le distributeur non agréé une présomption d'approvisionnement illicite qu'il doit renverser en rapportant la preuve, par exemple, qu'il s'est approvisionné chez un fournisseur étranger implanté dans un pays où les produits ne sont pas distribués via un réseau sélectif (T. com. Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 3 juin 2008). Néanmoins le distributeur n'a pas à vérifier la licéité de l'approvisionnement de son propre fournisseur (TGI. Strasbourg, ord. réf., 8 janvier 2008).

Ralik Le fait de commercialiser hors réseau sans avoir les mêmes contraintes que les distributeurs agréés ou en profitant des investissements de la tête de réseau ou sans contredire la mention « *ne peut être vendu que par des revendeurs agréés* » constitue des fautes de concurrence déloyale (T. com. Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 3 juin 2008) ou parasitaire entraînant la désorganisation du réseau (TGI Strasbourg, ord. réf. 8 janvier 2008).

## 6. La Distribution Sélective et Internet.

Ralik L'interdiction de vente en ligne imposée aux distributeurs agréés est contraire au droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence a estimé que cette interdiction imposée par le fournisseur limitait les ventes actives et passives des distributeurs, alors que les critères de sélection définis par le fournisseur et destinés à mettre en valeur ses produits peuvent être adaptés aux sites internet. En outre, la société a porté atteinte aux intérêts des consommateurs en les privant des effets concurrentiels attendus de la vente en ligne et a limité la liberté commerciale de ses distributeurs agréés en les privant d'un mode de commercialisation au fort potentiel de croissance. En conséquence le Conseil a enjoint le fournisseur :

- de supprimer dans ses contrats de distribution sélective toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur internet,
- de prévoir la possibilité pour les distributeurs de recourir à ce mode de

distribution et ce dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision.

(Cons. Conc., 29 octobre 2008, n°08-D-25).

Le fournisseur a interjeté appel et la Cour d'Appel de Paris, avant de statuer sur le fond, a prononcé le sursis à exécution de l'obligation de vendre les produits concernés sur internet.

Ralik En l'absence d'un approvisionnement licite, la revente sur le site internet de produits en connaissance du réseau de distribution sélective existant caractérise un acte de concurrence déloyale (Paris, 4<sup>ème</sup> ch., 18 avril 2008).

Ralik La vente de produits hors réseau sur la plateforme eBay engage la responsabilité de ce dernier en tant que courtier. En effet, la plateforme a manqué (i) à son obligation de s'assurer que son activité ne génère pas d'actes illicites notamment en contournant les réseaux de distribution sélective et (ii) à son obligation de vérifier que les vendeurs ne dérogent pas aux réseaux de distribution sélective et aux règles applicables en la matière (T. com. Paris 1<sup>ère</sup> ch. Sect B, 30 juin 2008).

## L'Épuisement du Droit de Marque.

Ralik Lorsque des produits sont mis en vente dans l'Espace Economique Européen selon un mode de commercialisation précisé contractuellement et qui n'est pas respecté, l'épuisement du droit de marque n'est pas caractérisé. La Cour de cassation a constaté que le titulaire de la marque a seulement autorisé l'importateur à mettre dans le commerce des produits dans des conditions particulières que ce dernier n'a pas respectées, et a conclu que « *ces circonstances ne caractérisent pas le consentement du titulaire de la marque à une mise dans le commerce de ces produits dans l'Espace Economique Européen ni ne traduisent une renonciation expresse ou même implicite, à son droit de s'opposer à son importation* » (Cass. com., 21 octobre 2008, n°05-12.580).

# Franchise

## 1. La Qualification.

Redik La franchise doit garantir au franchisé son indépendance. Le franchisé ne peut demander sa requalification en salarié, même s'il ne peut aménager ses locaux à son initiative et doit reprendre l'aménagement défini par son franchiseur ou dès lors qu'il demeure libre de fixer ses prix hors des prix conseillés et de pratiquer des horaires d'ouverture librement (Dijon, 30 juin 2005, Jurisdata n°283427).

Redik La jurisprudence met en exergue les risques d'une franchise associée à un contrat de location-gérance par lequel les gérants ne disposent d'aucune autonomie réelle dans la gestion de leur fonds, sont personnellement tenus d'assurer en permanence son exploitation, doivent recueillir l'accord du franchiseur pour tout engagement ou paiement et si le franchiseur contrôle la gestion du fonds en adressant des directives dont il contrôle l'exécution, en effectuant des visites mensuelles et en imposant de rendre compte de leur bonne exécution, avec pouvoir de sanction en cas de manquement. Dans ce cas, le caractère fictif de la société franchisée n'a pas à être démontré (Cass. soc. 16 janvier 2008, n° 07-40.055 ; Cass. soc. 27 mars 2008).

Redik Le droit social conserve toute sa vigueur avec les nouvelles dispositions de l'article L.7321-2 du Code du travail. Autrefois l'article L.781-1 du Code du travail disposait qu'il s'appliquait aux personnes « dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle et commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise » : trois conditions cumulatives, donc. Par une loi du 12 mars 2007 (applicable le 1<sup>er</sup> mars 2008), l'article L.781-1 devenait L.7321-1 et L.7321-2 2° mais avec une évolution sensible : devenait « gérant de succursale » bénéficiaire du statut de salarié, toute personne « dont la profession consiste essentiellement : a) soit à

*vendre des marchandises (...) qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions ou prix imposés par cette entreprise ; b) soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions ou prix imposés par cette entreprise. »*

D'aucuns se souviendront que la recodification avait omis « *exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions ou prix imposés par cette entreprise* » pour le premier cas, ce qui transformait tout franchisé en salarié.

Le texte est de nouveau conforme à son esprit fondateur.

Redik Sur le fondement de l'article L.781-1, la Cour d'appel de Toulouse avait rejeté les demandes de congés payés des franchisés requalifiés considérant que « *l'indemnité compensatrice de congés payés est un substitut du salaire qui, pour une période déterminée, ne peut se cumuler avec le salaire versé pendant cette période, sauf à pouvoir prétendre à des dommages-intérêts si le salarié établit que les congés payés n'ont pu être pris par la faute de son employeur* ». Pour la Cour de Cassation au contraire, « *l'employeur n'avait pas mis en place un système de congés payés conforme aux dispositions légales* ». L'arrêt d'appel est cassé (Cass. soc. 18 juin 2008, n°06-46478).

Redik Encourt la requalification en contrat de franchise le contrat intitulé « *contrat de licence de marque et de savoir-faire* » qui prévoit la concession d'une licence totale et exclusive d'exploitation d'une marque et d'un savoir-faire développé par le concédant, le droit d'utiliser l'enseigne de la marque, le bénéfice de l'assistance technique, commerciale et administrative nécessaire au bon développement d'une salle de sport sans enseignement, notamment la politique d'achat du matériel sportif et la fourniture de maquettes publicitaires, ainsi que celle d'un système d'accès informatisé relevant du seul concédant. De plus, le contrat interdisait au licencié d'exploiter directement ou

indirectement la marque et le savoir-faire sur le même territoire pendant la durée de la convention mettant ainsi à sa charge une obligation de non-concurrence. Le licencié devait également payer une redevance annuelle. Les dispositions inappliquées de l'article L.330-3 du Code de Commerce n'auront cependant pas de conséquence en l'espèce, car la convention n'a jamais été conclue par les parties à l'issue des pourparlers. Les relations des parties s'analysent en un contrat d'essai du concept dans l'attente de la conclusion du contrat de franchise (Nîmes, ch.2, sect. B, 17 avril 2008, Jurisdata : 2008-363533).

## 2. La Formation du Contrat.

Redik Parler de franchise, c'est déjà s'engager. Si la convention de franchise n'a jamais été conclue par les parties à l'issue des pourparlers et que le franchiseur a pris l'initiative de ne pas conclure le contrat, il doit indemnité (Nîmes, ch. 2, sect. B, 17 avril 2008, Jurisdata : 2008-363533).

Redik Le contrat de franchise est nul pour erreur sur les qualités substantielles commise par le franchisé de son engagement, par suite de défaillances imputables au franchiseur. *« Ainsi, ce dernier a failli dans la formation du franchisé, qui pour pouvoir utilement former les sous-franchisés, devait lui-même avoir été préalablement formé. En outre, le franchiseur n'a pas informé le franchisé sur les conditions de l'exercice de la franchise : il n'a pas réalisé d'étude de marché préalable ; il n'a pas fourni d'éléments sur la consistance exacte du réseau et les lieux de son implantation ; il lui a indiqué faussement couvrir la France entière alors que seules quatre régions étaient concernées ; et il ne lui a pas communiqué l'identité des autres franchisés du réseau ainsi que leurs éléments comptables d'exploitation, alors que ces documents auraient permis au franchisé de vérifier la notoriété de la marque et la réussite économique du concept. »* La nullité du contrat est donc prononcée, avec indemnisation des préjudices financiers et moraux... (Lyon ch. civ.3 section A, 24 janvier 2008 Jurisdata : 2008-365835).

Redik Comme souvent, le franchisé évoque le défaut d'information lorsque son entreprise est confrontée à des difficultés, faute de rentabilité suffisante. L'arrêt retient que *« la loi ne met pas à la charge du franchiseur*

*une étude du marché local ou l'établissement de comptes prévisionnels, et qu'il appartient au franchisé, seul juge de l'opportunité de son investissement, de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, et de calculer ses risques.*

*« Une présentation sincère du marché local ainsi que l'établissement de budgets raisonnables à partir de chiffres non contestés »* s'impose donc selon cette décision. *« Les informations indigentes, très générales et imprécises, sans état du marché local et sans renseignement sur la consommation potentielle de soins d'amaigrissement dans la localité et sur ses hypothèses de croissance. »* L'arrêt relève encore que le plan de trésorerie prévisionnel sur deux années d'exercice, remis par le franchiseur, est fondé sur un chiffre d'affaires théorique réalisé à partir de la moyenne prétendue d'activité dans le réseau. Cependant, les résultats des autres franchisés démontrent que ce chiffre moyen n'est jamais atteint par les autres membres du réseau, même après plusieurs années d'exploitation, (résultats réels inférieurs de plus de 70 % aux prévisions du franchiseur). La nullité du contrat de franchise du fait d'un vice du consentement devait être retenue avec résiliation du contrat (Cass., com. 12 février 2008, N° 07-10.462).

Redik Le franchiseur qui omet de préciser dans le DIP que le magasin pilote avait été déclaré en liquidation judiciaire et des magasins du réseau faisaient l'objet de procédures collectives ou ont des capitaux propres négatifs, manque à son obligation précontractuelle. *« Si le franchiseur n'a qu'une obligation de moyens, ses prévisions de résultat doivent être prudentes et réalistes car une information sérieuse sur l'espérance de gain est déterminante pour le consentement. »* (Toulouse, ch. 2, section 1, 5 mars 2008, Jurisdata : 2008-365296).

Redik La Cour d'appel de Lyon a relevé des contrats faisait apparaître une incohérence entre les dates de signature de ceux-ci et de la remise des documents d'information. Les documents élaborés par le franchiseur présentaient des statistiques nationales du marché de la coiffure et de l'esthétique et analysent l'évolution des comportements de la clientèle sans élément chiffré, ni état du marché local. La réticence dolosive du

franchiseur a donc été constatée (civ.3, sect. A, 30 avril 2008, Jurisdata : 2008-364983).

Rdlik La Cour d'appel de Paris sanctionne encore le franchiseur qui fournit un DIP contenant des informations incomplètes, erronées ou ambiguës avec une simple valeur indicative (Paris, ch. 5, sect. B, 22 mai 2008, Jurisdata : 2008-366630).

Rdlik En revanche, la nullité n'est pas requise si le DIP comporte l'identité du principal animateur ainsi qu'un résumé de son expérience, la date de création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, enfin la présentation du réseau des franchisés, mais que leur adresse est incomplète (Orléans, ch.com., 29 mai 2008, Jurisdata : 2008-368491).

Rdlik Le franchisé est lui aussi tenu de l'obligation d'information précontractuelle en cas de cession du contrat de franchise (Metz, ch. urg., 23 Septembre 2008, Jurisdata : 2008-371948).

Rdlik L'annulation du contrat de franchise n'est due qu'en cas d'information manquante déterminante de l'engagement d'un commerçant expérimenté (Paris, ch. 5, sect. A, 24 septembre 2008, Jurisdata : 2008-374047).

Rdlik Le franchisé ne peut alléguer une absence de transmission du savoir-faire étant donné qu'il a participé à plusieurs reprises à des stages de formation et à des réunions de franchisés. Il a également bénéficié de conseils personnalisés et de l'assistance du franchiseur pour conduire des campagnes de publicité. De plus, il s'est vu transmettre une série de produits spécifiques destinés à une clientèle spécialisée (Paris, ch. 5, sect. A, 24 septembre 2008, Jurisdata : 2008-374079).

Rdlik Il convient mais suffit que les chiffres d'affaires portés au compte d'exploitation prévisionnel communiqué à la banque ne soient pas irréalistes (Cass. com. 30 septembre 2008, N° 07-11.178).

Rdlik La remise du DIP doit être prouvée et attestée : ne remplit pas ces exigences la mention perdue dans un document de plus d'une centaine de pages n'ayant pas fait l'objet d'une approbation en marge (Cass. com. 12 Novembre 2008, N° 07-17.746).

Rdlik L'annulation du contrat de franchise et ses effets, remboursement du droit d'entrée par le franchiseur, ne permet pas au franchisé de continuer à utiliser le matériel vendu par le franchiseur, matériel qu'il n'avait pas intégralement payé, de maintenir l'enseigne, l'aménagement intérieur du centre de bronzage, propre au réseau et son site internet, continuant à utiliser la présentation et les logos propres au réseau. Il s'agit là de parasitisme économique (Paris, ch. 5, sect. A, 19 novembre 2008, Jurisdata : 2008-372538).

### 3. L'Exécution du Contrat.

Rdlik Le contrat de franchise doit être résilié aux torts du franchiseur. En effet, celui-ci a manqué à son obligation d'exclusivité territoriale puisqu'il résulte d'un constat d'huissier que les produits de la marque concédée sont également distribués par d'autres commerçants dans la zone d'exclusivité (Paris, ch. 5, sect. A, 24 septembre 2008, Jurisdata : 2008-374079).

Rdlik Le loueur engage sa responsabilité envers le locataire-gérant : la location-gérance a été consentie avec une promesse de vente du fonds de commerce, sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, alors que le locataire-gérant avait obtenu un accord de principe pour le prêt et que le loueur a refusé d'exécuter la promesse, sans donner d'explications. De plus, la location-gérance comportait une franchise, le loueur n'a pas exécuté ses obligations de franchiseur, en n'approvisionnant plus le magasin. En rupture totale de stock, le locataire-gérant a été contraint de fermer le magasin (Paris, 27 mars 2008, Jurisdata : 2008-366012).

Rdlik Le contrat de franchise d'un salon de coiffure a été résilié par le franchisé reprochant notamment le refus d'approvisionnement après l'ouverture du redressement judiciaire du franchisé, alors que plusieurs factures n'étaient pas payées. Il est fait droit à la clause pénale bénéficiant au franchiseur, néanmoins réduite par le fait que le franchiseur a pu installer rapidement un nouveau franchisé dans le secteur (Lyon, ch. civ.3 sect. B, 28 février 2008, Jurisdata : 2008-365609).

Rdlik La décision du franchisé de résilier par anticipation le contrat le liant au franchiseur est justifiée dès lors que ce dernier n'a pas respecté ses engagements

d'approvisionnement régulier en raison d'une carence caractérisée et quasi structurelle de sa part, plusieurs dizaines de références étant manquantes lors de chaque commande. Cela a eu pour conséquence de désorganiser l'activité du franchisé et d'aggraver son déficit d'exploitation. Le franchisé est condamné au paiement des seules redevances antérieures à la résiliation. La réparation du préjudice commercial du franchisé est fixée à 15.000 euros (Paris, ch. 5 sect. A, 2 avril 2008, Jurisdata : 2008-364977).

Rdlik Le franchisé qui s'engage à effectuer l'essentiel des achats nécessaires à l'exploitation de son magasin auprès du franchiseur, a notifié la rupture de leurs relations contractuelles et a déposé l'enseigne "Comod" pour lui substituer l'enseigne "G 20" ; la Cour d'appel, statuant en référé, avait condamné le franchisé à déposer l'enseigne "G 20" et à remettre l'enseigne "Comod" et à poursuivre ses relations contractuelles jusqu'au terme prévu au contrat avec son franchiseur ; le grossiste et Groupe 20 ont été assignés en tant que tiers complices de la rupture abusive du contrat pour avoir approvisionné le franchisé. La cour indique que le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur et ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions opérée par le franchiseur (Cass. com. 3 juin 2008, n°06-13.761).

Rdlik Les dysfonctionnements rencontrés par le système informatique du franchiseur en cours de migration, mis en cause par le franchisé comme l'ayant pénalisé dans son activité, ne sont pas causes de « *difficultés majeures* », constatant en outre que « *le franchiseur a pris les mesures nécessaires en vue d'y remédier* » (TC Paris 8 décembre 2008, inédit).

Rdlik Le franchiseur qui lance un nouveau concept et le teste n'est pas responsable d'un manquement à ses obligations. Ledit test n'intervenait pas chez le franchisé mais dans un point de vente pilote du franchiseur situé hors de la zone d'exclusivité du franchisé et dans une zone de chalandise éloignée de cette zone (TC Paris 8 décembre 2008, inédit).

Rdlik Les incidents de livraison ne peuvent être reprochés au franchiseur lorsqu'ils

résultent de manquements ou pannes des

transporteurs et qu'ils sont peu nombreux au regard des milliers de livraisons effectuées (T. com. Paris 8 décembre 2008, inédit).

Rdlik Est établie l'existence d'un trouble manifestement illicite occasionné au franchiseur, résultant de la rupture avant terme du contrat de franchise qui le liait au franchisé, et de l'apposition immédiate d'une enseigne concurrente (Cass. com., 8 avril 2008, N° 06-16.732, dans le même sens : Jurisdata : 2008-043568).

#### 4. La Responsabilité.

Rdlik Le franchisé coupable d'actes de dénigrement du réseau de franchise manque à son obligation de loyauté à l'égard du franchiseur. Le fait qu'il ait informé l'ensemble du réseau du différend l'opposant au concédant exclut la poursuite, dans la confiance exigée pour sa pleine mise en œuvre, du contrat de franchise (Paris, ch.5, sect. A, 24 septembre 2008, Jurisdata : 2008-374047).

Rdlik Le contrat de franchise doit être résilié aux torts du franchiseur s'il n'a pas respecté l'exclusivité territoriale consentie au franchisé et portant sur Nîmes et sur la périphérie de la ville. En effet, deux constats d'huissier établissent que la marque du franchiseur est vendue dans deux autres magasins de la ville, diffusant sur une radio locale des messages publicitaires mentionnant la vente des produits de la marque du franchiseur (Paris, ch. 5 sect. B, 28 février 2008, Jurisdata : 2008-361041).

#### 5. La Cession.

Rdlik En présence d'un contrat de franchise prévoyant un droit de préférence au profit du franchiseur en cas de vente du fonds de commerce, aux termes duquel le franchisé était tenu de l'informer de tout projet de vente, l'existence d'une faute imputable au cessionnaire n'a pas été établie, ce dernier ignorant la teneur du litige existant entre le cédant et son franchiseur. Le contexte de concurrence entre le franchiseur et le cessionnaire ne peut suppléer l'absence d'un élément de preuve objectif (Rennes, ch. com. 2, 18 mars 2008, N° 07/01227, Jurisdata : 2008-001692).

Redik En considération du principe de liberté de commerce, la Cour rappelle que le

commerçant indépendant, franchisé, est libre de céder son fonds de commerce à tout moment. La présence d'une clause de préférence stipulée au profit du franchiseur ne saurait faire échec à ce principe, dès lors que le franchisé ne l'a pas placé dans l'impossibilité manifeste d'exercer son droit de préférence. Le franchiseur a été informé préalablement et à plusieurs reprises de la volonté du franchisé de céder le fonds de commerce mais n'a pas formulé d'offre d'achat dans le délai accordé (Riom, ch. com., 24 septembre 2008, Jurisdata : 2008-001998).

## **6. La Résiliation du Contrat.**

Redik L'application de la clause de non-réaffiliation mise à la charge du franchisé est écartée car la preuve de la renommée nationale ou régionale, requise par la clause, de la nouvelle enseigne « G20 » au moment de la ré-affiliation n'était pas rapportée (Cass. com., 20 mai 2008, n° 06-19.234).

Redik Le franchisé a l'obligation de restituer au franchiseur, à l'expiration du contrat de franchise, tous les éléments mobiliers corporels (panonceaux, chariots, plateaux) et incorporels, les matériels d'exploitation ainsi que le savoir-faire et l'ensemble des signes distinctifs, y compris les papiers d'emballage. Cette obligation de restitution est immédiate et le défaut de remise peut se résoudre en dommages et intérêts. Le franchisé peut cependant ne pas verser de dommages et intérêts si le matériel qu'il ne peut restituer est amorti ou trop vétuste, ce matériel ne présentant aucune utilité pour le franchiseur, qui ne subit aucun préjudice du fait de la non-restitution. En l'absence de restitution de tous les documents techniques abritant le savoir-faire, il est possible de mettre à la charge du franchisé, afin de protéger le franchiseur, une injonction de ne pas utiliser ces connaissances sous astreinte de 2000 euros par infraction constatée (Pau, ch.2 sect. 1, 8 janvier 2008, Jurisdata 2008-35536).

Redik En référé, la licéité de la clause de non-concurrence n'apparaissant pas avec l'évidence requise, le trouble manifestement illicite n'était pas caractérisé ; le franchisé qui a reconnu que la transmission par le franchiseur de son savoir-faire à son franchisé constituait l'un des éléments essentiels et

indispensables du contrat de franchise et une condition de validité de celui-ci, n'est pas recevable à soutenir devant la Cour de

cassation un moyen contraire à ses précédentes écritures. Ayant relevé (i) que la licéité d'une clause de non-concurrence était subordonnée tant à l'existence d'un savoir-faire transmis par le franchiseur (ii) qu'au caractère proportionné de l'interdiction faite au franchisé au regard des intérêts du franchiseur, que l'avantage économique apporté au franchiseur en raison de l'originalité de son savoir-faire n'était pas établi avec certitude, (iii) que l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent faite au franchisé n'était pas proportionnelle à la sauvegarde des intérêts légitimes du franchiseur, la cour d'appel a légalement justifié en retenait que la licéité de la clause litigieuse n'apparaissait pas caractérisée avec l'évidence requise devant la juridiction des référés et a souverainement décidé que les agissements incriminés ne constituaient pas un dommage imminent (Cass. civ 2 10 janvier 2008, n° 07-13.558).

Redik La réalité du savoir-faire transmis par le franchiseur n'étant pas contestée, il résulte que la clause de non-concurrence figurant au contrat, limitée à un an dans le territoire d'exclusivité, se justifie par la nécessité de protéger le savoir-faire et n'interdit pas au débiteur de l'obligation de tout exercice de son activité hors du territoire considéré. Par conséquent, la clause de non-concurrence est valable (Rennes, ch. com. 2, 22 janvier 2008, Jurisdata : 2008-000919).

Redik Au titre d'une clause insérée dans un contrat de franchise, est interdit à l'ancien franchisé d'utiliser une enseigne concurrente mais également d'offrir à la vente des produits de marques liées à cette enseigne, soit l'enseigne concurrente dont l'usage est prohibée. Le seul fait de commercialiser des produits de marques liées à une enseigne concurrente, caractérise pas en l'espèce l'usage prohibé de l'enseigne concurrente elle-même. Une interprétation différente conduirait à interdire de façon générale toute vente de produits de marques liées à des enseignes concurrentes, interdiction dont la généralité serait incompatible avec la nécessité de permettre à l'ancien franchisé de poursuivre l'exploitation de son fonds de

commerce (Rennes, ch. com.2, 22 janvier 2008, Jurisdata : 2008-000882).

Rdlik Dans un sens contraire, le franchisé a violé la clause de non-réaffiliation qui lui

interdisait d'utiliser une enseigne concurrente et de vendre des produits de l'enseigne concurrente. Le fait que le franchisé se soit contenté de vendre des produits d'un franchiseur concurrent, sans apposer l'enseigne de ce dernier, est inopérant. En effet, les interdictions visées dans la clause, qui sont indépendantes l'une de l'autre, sont cumulatives, de sorte que la vente de produits d'un franchiseur concurrent constitue bien un trouble manifestement illicite. C'est à bon droit que le juge des référés a ordonné la cessation de ce trouble (Angers, ch. Com. 17 Juin 2008, Numéro Jurisdata : 2008-369035).

Rdlik Alors qu'il était tenu par une clause de non-concurrence, le franchisé, qui avait résilié les contrats de franchise, a conclu de nouveaux contrats de franchise avec un concurrent dès le début du préavis. Cependant, le franchiseur n'établit pas l'existence du préjudice qu'il prétend avoir subi. Sa demande d'indemnisation doit donc être rejetée. (Caen, ch.1 sect. civ. et com., 6 mars 2008, Jurisdata : 2008-366373).

Rdlik L'arrêt a limité à un euro symbolique l'indemnisation du préjudice du franchiseur résultant de la violation par le franchisé des obligations contractuelles de non-concurrence. (Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11.313).

Rdlik La clause de non-réaffiliation est licite au regard du droit communautaire, plus précisément des règlements d'exemption successifs concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité. La clause est limitée dans le temps et dans l'espace, elle interdit seulement de commercialiser des produits liés à une enseigne concurrence et est indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur. Le préjudice subi par le franchiseur pendant 7 mois doit être réparé par l'allocation de 5000 euros à titre de dommages et intérêts (Angers, ch. com., 17 juin 2008, Jurisdata : 2008-369900).

Rdlik Le franchisé a enfreint la clause de non-réaffiliation car, propriétaire du fonds de commerce, il a résilié son bail commercial puis a changé de dénomination étant associé à un concurrent et continué à exploiter

indirectement, par personne interposée, le fonds de commerce incriminé ; cependant, la Cour de cassation relève qu'en statuant ainsi, par une motivation impropre à démontrer que ce concurrent exploitait directement ou indirectement le fonds de commerce pour

lequel le contrat de franchise avait été conclu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale (Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-20.385).

Rdlik A la suite de la résiliation du contrat par le franchisé, le franchiseur est bien fondé en sa demande de restitution du mobilier lié à l'image du réseau. En effet, une clause impose au franchisé la restitution du mobilier dans le mois de la résiliation, ce mobilier étant défini dans le cahier des charges. Ce dernier décrit avec précision, photographies et plan à l'appui, les éléments caractéristiques de l'image du réseau de salons de coiffure, comprenant façades, enseigne, mobilier et agencement du salon. Ces éléments constituent un ensemble indivisible caractéristique de l'image du réseau. La clause litigieuse n'est pas lésionnaire, car elle est justifiée par l'intérêt du réseau et permet à l'ensemble des franchisés de jouir paisiblement des éléments caractéristiques de l'image du réseau. L'astreinte conventionnelle fixée contre le franchisé pour cette restitution, n'est pas une clause pénale, car elle n'a aucune fonction indemnitaire (Paris, ch. 5, sect. A, 10 septembre 2008, Jurisdata : 2008-371740).

Rdlik Le franchisé qui refuse de restituer le mobilier de la franchise une fois le contrat résilié commet une faute qui engage sa responsabilité contractuelle. Il a, en utilisant les éléments spécifiques du savoir-faire du franchiseur, contribué à la création d'une confusion dans l'esprit de la clientèle. Le préjudice subi de ce chef est évalué, compte tenu de la durée de l'utilisation induite du matériel et de l'impact de celle-ci sur le marché potentiel, à 10000 euros (Paris, ch. 5, sect. A, 1er octobre 2008, Jurisdata : 2008-374080).

Rdlik Le franchiseur ayant été indemnisé par le tribunal arbitral de son préjudice lié à la violation de la clause de non-réaffiliation par le franchisé est recevable à engager la responsabilité délictuelle du cessionnaire de celui-ci. Le franchiseur est fondé à engager la responsabilité du cessionnaire, coupable de concurrence déloyale. Il s'est, en effet, rendu

complice de la violation de la clause de non réaffiliation par le franchisé puisqu'il a conclu avec lui, bien qu'ayant été informé par le cédant de la société franchisée de l'existence de la clause, un accord commercial visant à

l'utilisation de son enseigne par le franchisé (Paris, ch. 5, sect. B, 2 octobre 2008 : Jurisdata : 2008-374078).

Redlink La clause de non-concurrence invoquée était limitée dans l'espace au département de la zone de chalandise définie au contrat ainsi qu'aux départements limitrophes et dans le temps à trois années et qu'elle était indispensable à la protection des intérêts légitimes du franchiseur, la Cour d'appel a retenu, à bon droit, que cette clause était licite (Cass. com. 18 Novembre 2008, n° 07-18.599).

# Internet

## 7. Les Conditions Générales de Vente.

Redlink S'il peut être tentant de reprendre à son profit les conditions générales de vente d'un concurrent et de changer rapidement quelques éléments de personnalisation pour ainsi disposer, de ses propres termes et conditions, la Cour d'appel de Paris vient de rappeler que cette pratique était parfaitement illicite.

En effet la Cour a condamné pour parasitisme une société qui avait réalisé un copier coller des CGV de l'un de ses concurrents en les adaptant très légèrement, c'est-à-dire, de manière générale, en se contentant de remplacer les noms et adresses.

Selon cet arrêt, cette société «*désireuse de faire l'économie des services d'un conseil juridique*», a causé un préjudice à son concurrent en se plaçant dans son sillage et en tirant indûment profit de ses investissements. Elle a donc commis un acte de «*parasitisme économique*» et, en conséquence, a été condamnée à payer 10.000 euros à ce concurrent, outre 3.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Une petite économie de départ qui se révèle donc particulièrement onéreuse au bout du compte ! S'adjoindre les services d'un conseil juridique eût été finalement moins coûteux... (Paris, 24 septembre 2008).

Redlink Le Tribunal de Grande Instance de Paris a considéré que de nombreuses clauses abusives étaient présentes dans les conditions générales de vente du site Amazon.fr, dans celles de sa plate-forme Marketplace et dans le programme de protection des informations personnelles du site.

Ces clauses sont notamment :

- celle qui prévoit l'exonération de responsabilité pour tous les dommages indirects,

- celle qui emporte cession des droits d'auteur au profit du professionnel,
- celle qui prévoit la seule responsabilité du consommateur en cas d'action d'un tiers en raison d'un contenu,
- celle qui permet au professionnel de partager les données personnelles avec d'autres sociétés,
- celle qui autorise l'usage par le professionnel des données personnelles au profit d'autres sociétés pour des offres promotionnelles,
- celle qui autorise le professionnel à résilier de manière discrétionnaire l'inscription à un forum,
- celle qui impose l'application de la loi luxembourgeoise, etc. (TGI Paris, 28 octobre 2008,).

Redlink Le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux a condamné la société CDiscount au titre de la présence de clauses abusives dans ses conditions générales de vente. Il s'agit notamment des clauses suivantes :

- celle qui indique que les délais de livraison sont des «délais moyens»,
- celle qui prévoit que «le dépassement du délai d'expédition peut donner lieu à une annulation de la commande, dès lors que la commande n'est pas expédiée des entrepôts»,
- celle qui fait obligation au consommateur doit indiquer sur le bon de livraison l'existence de certains dommages et confirmer ces réserves au transporteur sous 48 heures,
- celle qui contraint le consommateur à formuler une demande de retour préalable,
- celle qui encadre le retour du produit à un délai de 15 jours à compter de la réception (y compris lorsque la chose est atteinte d'un défaut de conformité), etc. (TGI Bordeaux, 11 mars 2008).

Redlink A la suite de la Loi sur la Modernisation de l'Economie, la liste des

clauses abusives faisant l'objet d'une annexe au code de la consommation va être supprimée pour être remplacée par un décret qui déterminera une liste de clauses

présumées abusives pour lesquelles, en cas de litige, le professionnel devra apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

Nouveauté : certains types de clauses, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, seront regardées, de manière irréfragable, comme abusives (article L.132-1 du Code de la consommation).

Ce dispositif renforce le virage amorcé par la loi Chatel (Article L141-4 du Code de la consommation) qui permet au juge de soulever d'office toutes les dispositions du code dans les litiges nés de son application.

Redlink Les libraires en ligne peuvent offrir les frais de port à leurs clients : la Cour de cassation légitime une pratique forte courante chez les cybermarchands culturels qui proposent des livres à la vente, outre les habituels CD et DVD. Afin de ne pas pénaliser les internautes par rapport aux consommateurs qui achètent leurs ouvrages dans les librairies classiques, ces professionnels offrent généralement les frais d'expédition des commandes, de sorte que leurs clients ne paient que le prix du livre, qui leur est livré gratuitement.

Le Syndicat de la Librairie Française s'est ému de cette situation, en y voyant une infraction à la loi du 10 août 1981 relative au prix unique du livre (la fameuse Loi Lang). En effet, selon lui, la gratuité des frais de port constituerait une vente avec prime prohibée par cette Loi.

La Cour a considéré que « *la prise en charge par le vendeur du coût afférent à l'exécution de son obligation de délivrance du produit vendu ne constitue pas une prime au sens des dispositions du Code de la consommation* » (Cass. com. 6 mai 2008).

## 8. La Contrefaçon sur Internet.

Redlink Le secrétaire d'Etat à la consommation Luc Chatel a lancé une mission

pour lutter contre la contrefaçon sur internet, destinée notamment à renforcer la coopération entre les plateformes de e-commerce et les représentant des marques, a indiqué vendredi un communiqué du ministère.

Cette mission a été confiée à Bernard Brochand, député-maire de Cannes (UMP) et président du comité national anti-contrefaçon (CNAC), et au professeur Pierre Sirinelli, spécialiste du droit de l'immatériel, indique le ministère.

Ils auront pour mission "d'élaborer un protocole d'engagements entre plateformes de e-commerce, titulaires des marques et associations de consommateurs", et destiné à définir les "modalités de coopération et les moyens à mettre en œuvre pour lutter efficacement contre la vente de produits contrefaits sur internet", est-il expliqué.

Un premier point sera effectué fin mai sur l'avancée de ces travaux, dont les conclusions définitives devront être remises au plus tard à l'été 2009.

« *Les ventes de contrefaçons sur internet ont pris une ampleur considérable* », rappelle M. Chatel, cité dans le communiqué, qui dit privilégier « *une démarche de concertation et de coopération* » afin de pouvoir « *donner au plus vite un coup d'arrêt à ces pratiques, sans toutefois nuire à l'essor du commerce sur internet, puissant facteur de réduction des prix et d'amélioration de l'offre* », selon lui.

Redlink Par trois décisions très commentées du Tribunal de commerce de Paris du 30 juin 2008, la société eBay a été condamnée pour atteinte aux droits de propriété intellectuelle de plusieurs maisons de couture (sur les aspects liés à la distribution sélective cf. ci-dessus).

En l'occurrence, la société Dior Parfums se plaignait de la prétendue passivité d'eBay dans le cadre de la défense de ses droits sur ses nombreux articles de luxe. Selon elle, eBay a certes mis en place un programme de vérification des droits (VeRO) permettant aux titulaires de droits d'auteur, de marque ou de dessin et modèle de signaler la vente d'objets contrefaisants sur le site d'enchères électroniques, mais cela serait insuffisant.

Pour Dior, en effet, comme pour d'autres maisons du groupe LVMH, eBay n'aurait jamais réellement pris de mesures de lutte efficaces contre la contrefaçon, notamment en obligeant les vendeurs à garantir l'authenticité des produits ou bien à fermer définitivement le vendeur d'un article contrefaisant dès la première infraction.

C'est ainsi que des milliers de produits contrefaisants sont mis en vente chaque jour sur eBay, au préjudice invoqué de la société Dior Parfums, qui cherchait à obtenir réparation de l'atteinte portée à ses droits ainsi qu'à son image.

Plusieurs questions se posaient dans le cadre de ce litige.

En premier lieu, il s'agissait de savoir si le Tribunal de commerce de Paris était bien territorialement compétent pour connaître de ce différend. A cet égard, les juges se sont fondés sur le principe communément admis (Convention de Bruxelles, jurisprudence de la CJCE, jurisprudence de la Cour de cassation) selon lequel est compétent le tribunal dans le ressort duquel le dommage est subi. S'agissant plus particulièrement d'Internet, le dommage est subi en France si le site est accessible sur le territoire français, ce qui est évidemment le cas des sites d'eBay (et bien entendu du site eBay.fr). Le Tribunal de commerce s'est donc déclaré compétent pour connaître des demandes de la société Dior Parfums.

En second lieu, se posait la question du statut d'eBay. Comme à l'accoutumée, cette société invoquait le bénéfice des dispositions de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 en revendiquant le statut d'hébergeur, simple prestataire technique, dont la responsabilité ne peut être engagée que sous des conditions strictes.

Or le Tribunal de commerce de Paris a refusé d'accorder le bénéfice de ce régime à eBay. Selon la décision, eBay est à la fois un courtier (c'est-à-dire un prestataire qui rapproche des vendeurs et des acheteurs) et un hébergeur d'annonces de vente. Bien plus, le jugement énonce que "les prestations d'hébergement et de courtage (d'eBay) sont indivisibles car eBay n'offre un service de stockage des annonces que dans le seul but d'assurer le courtage".

De la sorte, le régime de responsabilité des hébergeurs ne s'applique pas : "eBay, en sa qualité de courtier, ne bénéficie pas d'un statut dérogatoire au titre de sa responsabilité et relève donc, comme tout acteur du commerce, du régime commun de la responsabilité civile".

En troisième lieu, il convenait alors de déterminer si oui ou non eBay a commis une

faute à l'égard de la société Dior Parfums. Or la décision est extrêmement sévère sur ce point. Selon les juges, "les sites de eBay ont favorisé et amplifié la commercialisation à très grande échelle par le biais de la vente électronique de produits de contrefaçon" ; "eBay a manqué à son obligation de s'assurer que son activité ne génère pas d'actes illicites, en l'espèce d'actes de contrefaçon (...), eBay a également manqué à son obligation de vérifier que les vendeurs qui réalisent à titre habituel de nombreuses transactions sur les sites sont dûment immatriculés auprès des administrations compétentes" ; enfin, "l'obligation générale de surveillance n'est pas respectée" (sic).

Ceci signifie donc qu'après avoir écarté le régime de responsabilité des hébergeurs, dont on sait que, selon la LCEN, ils ne sont pas soumis à une obligation de contrôler l'ensemble des activités des sites ou des annonces qu'ils hébergent, le juge consulaire a mis à la charge d'eBay cette obligation de vérifier qu'aucune annonce présente sur son site ne concerne un produit contrefaisant.

Le refus d'imposer une obligation générale de surveillance a été décidé au niveau communautaire (directive commerce électronique de 2000) compte tenu de l'impossibilité matérielle pour un hébergeur de procéder à un tel contrôle. Or il est peu probable qu'eBay puisse l'exercer sur son site, quand on sait que des millions de nouvelles annonces de vente apparaissent quotidiennement sur sa plate-forme.

Cependant, le juge n'en a pas tenu compte, en retenant dans sa décision qu'eBay avait "délibérément refusé de mettre en place les mesures efficaces et appropriées pour lutter contre la contrefaçon". A cet égard, le jugement dresse quelques pistes de réflexion, comme l'obligation pour les vendeurs de fournir une facture d'achat ou un certificat d'authenticité, fermer immédiatement le compte d'un vendeur indélicat, etc.

Enfin, la responsabilité d'eBay ayant été établie, il s'agissait de mesurer l'ampleur du préjudice allégué par la Maison Dior. Sur ce plan, le Tribunal a fait sien l'essentiel des conclusions d'un expert comptable et a condamné eBay à payer à la demanderesse la bagatelle de 16 millions d'euros, soit : 4.140.000 euros à titre de redevance indemnitaire pour exploitation fautive de droits de propriété intellectuelle ; 11.160.000

euros à titre de réparation de l'atteinte à l'image ; 1 million d'euros à titre de réparation du préjudice moral.

Plus que la somme astronomique des condamnations (à laquelle s'ajoutent 100.000 euros d'article 700 du Code de procédure civile...), c'est la méthode d'évaluation du préjudice qui retient l'attention. Le Tribunal a en effet suivi l'expert en tenant compte à la fois d'une estimation de la commission perçue par eBay sur les ventes de produits contrefaisants, d'un coefficient multiplicateur correspondant à un taux de licence majoré, sur une période de référence de 5 ans, et d'un taux de capitalisation pour actualiser le montant de la redevance. La méthode a visiblement séduit les magistrats.

Cette condamnation lourde aura-t-elle pour conséquence de faire changer eBay de modèle économique ? Rien n'est moins sûr à court terme : la société a déclaré interjeter appel de la décision et de continuer comme si de rien était... jusqu'à une éventuelle confirmation en appel.

## 9. La Publicité en ligne.

Redik La licéité du moteur de publicité comparative de Leclerc a été confirmée. Les comparateurs de prix n'enfreignent pas nécessairement le Code de la consommation et ne sont pas non plus constitutifs de concurrence déloyale. Ils restent toutefois soumis au contrôle du juge (Paris, 18 juin 2008).

Redik La publicité en faveur des boissons alcoolisées est autorisée par la loi du 10 janvier 1991, dite "loi Evin", qui l'encadre strictement pour des motifs de santé publique. Ainsi, cette publicité n'est-elle autorisée que sur un certain nombre de supports limitativement énumérés par une

disposition maintenant codifiée à l'article L. 3323-2 du code de la santé publique.

Cette énumération qui comporte, notamment, la presse écrite, la radiodiffusion sonore, les affiches et enseignes, ou encore les messages, circulaires commerciales et brochures adressés par les producteurs et les négociants, ne prend pas en compte l'internet et les réseaux numériques qui, lors de la discussion du vote de la loi du 10 janvier 1991 précitée, n'avaient pas encore pris leur essor.

C'est ainsi que deux décisions de justice successives ont, constatant que l'Internet ne figurait pas expressément dans la liste limitative des supports autorisés par l'article L. 3323-2, considéré que la publicité pour le vin n'était pas autorisée sur les services de communication en ligne (TGI Paris, ord. réf., 8 janvier 2008 ; Paris, 23 février 2008).

Redik Cette solution risque, selon des sénateurs, de provoquer la fermeture de sites Internet dédiés au vin ou qui font, plus simplement, mention d'un cépage ou d'une appellation.

C'est pourquoi a été déposée une proposition de loi tendant à procéder à une clarification législative. À cette fin, son article unique tend à compléter la liste des supports autorisés pour la publicité en faveur des boissons alcoolisées, figurant à l'article L. 3323-2 du code de la santé publique, en y ajoutant, dans un alinéa additionnel, la présentation que les producteurs ou les négociants peuvent faire de leurs produits sur leurs propres services de communication au public en ligne. Le dispositif précise que cette présentation doit respecter les autres dispositions du code de la santé publique et, notamment, celle de l'article L. 3323-4 qui précise les indications et références admises en matière publicitaire.

## 10. Les Hot Lines.

Redik La fin des hot-lines surtaxées : la Loi Châtel du 3 janvier 2008, applicable depuis le 1er juin 2008, a imposé aux opérateurs de télécommunications d'offrir à leurs clients la gratuité du temps d'attente en cas d'appel téléphonique pour obtenir « un service après-vente, un service d'assistance technique ou

*tout autre service chargé du traitement des réclamations se rapportant à l'exécution du contrat » (article L. 121-84-5 du Code de la consommation).*

En outre, la Loi Châtel a également prévu, en matière de vente à distance, que *« les moyens de communication permettant au consommateur de suivre l'exécution de sa commande, d'exercer son droit de rétractation ou de faire jouer la garantie ne supportent que des coûts de communication, à l'exclusion de tout coût supplémentaire spécifique »* (article L. 121-19 III du Code de

la consommation). C'était la fin des appels surtaxés en matière de vente à distance.

La Loi pour la Modernisation de l'Economie, pour sa part, généralise cette règle en insérant un nouvel article L. 113-5 au Code de la consommation, selon lequel *«le numéro de téléphone destiné à recueillir l'appel d'un consommateur en vue d'obtenir la bonne exécution d'un contrat conclu avec un professionnel ou le traitement d'une réclamation ne peut pas être surtaxé. Il est indiqué dans le contrat et la correspondance.»*

Cet article s'applique donc à tous les professionnels qui mettent en place un service de «*hotline*» et non plus seulement aux seuls opérateurs de télécommunications ni aux seuls commerçants à distance.

Cet article est entré en vigueur le 1er janvier 2009 et sera applicable à tous les contrats en cours à cette date.

Rédaction :  
Frédéric Fournier, Associé  
Emmanuelle Behr  
Matthieu Berguig  
Hélène Bever

Cette publication est éditée par Redlink. Elle a pour objectif d'informer ses lecteurs de manière générale. Elle ne peut en aucun cas se substituer à un conseil délivré par un professionnel en fonction d'une situation donnée. Un soin particulier est apporté à la rédaction de cette publication, néanmoins Redlink décline toute responsabilité relative aux éventuelles erreurs et omissions qu'elle pourrait contenir. Reproduction même partielle strictement interdite.

## **Redlink Société d'avocats**

78, avenue Raymond Poincaré - 75116 Paris, France

Tél : +33 (0) 1 73 31 00 00 - Fax : +33 (0) 1 73 31 00 30

[fournier@redlink.fr](mailto:fournier@redlink.fr) - Toque J044

SELARL au capital de 20.000 EUR - RCS Paris 500 797 139

Membre d'une association agréée acceptant le règlement par chèque

