

PARIS

47 rue de Monceau
75008 Paris

Tél. 01 53 96 20 00 - Fax. 01 53 96 20 01

LYON

7 rue de Bonnel
69003 Lyon

Tél. 04 72 61 75 15 - Fax. 04 72 61 75 89

NANTES

4 rue Maurice Sibille
44000 Nantes

Tél. 02 53 44 69 00 - Fax. 02 53 44 69 36

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 - Montpellier

Tél. 04 67 58 01 86 - Fax. 04 67 58 84 32

www.simonassocies.com



**François-Luc
SIMON**

Associé-Gérant
Docteur en droit
Membre du Collège

**TOUTE L'ACTUALITE
DU DEPARTEMENT**
Page 12

Janvier 2011

Chers Lecteurs,

Le numéro spécial réalisé annuellement par le Cabinet et publié aux Petites Affiches sera cette année consacré au développement des enseignes à l'international, en passant au crible plus de douze pays.

Nous avons donc décidé de dédier la première Lettre des Réseaux 2011 aux événements marquants de l'année 2010 en droit de la franchise, droit de la distribution et droit des marques. Nous vous livrons ainsi notre sélection.

Enfin, toute l'équipe du Département Franchise, Réseaux et Distribution tient à vous adresser tous ses vœux de bonheur et de réussite pour cette nouvelle année.

Bonne lecture !

SOMMAIRE

DROIT DE LA FRANCHISE

p.2

Autorité de la concurrence, Déc. n°10-D-08, 3 mars 2010

Franchise et abus de dépendance économique

CA Caen, 1er Chambre civile, 12 mai 2010, JURIS-DATA n° 2010-018620

De l'indivisibilité d'un contrat de franchise et d'un contrat d'approvisionnement

Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV n°114

Consécration de l'originalité du contrat de commission-affiliation par rapport au contrat d'agence commerciale

Cass. civ. 1, 15 novembre 2010 (n°09-11161)

Clauses de non-concurrence et de non ré-affiliation : beaucoup de bruit pour pas grand chose

DROIT DE LA DISTRIBUTION

p.6

Règlement n°330-2010 et lignes directrices relatifs aux accords verticaux

Les nouvelles règles communautaires applicables aux réseaux de distribution

Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, avis n°10-15

Application de la LME à certaines relations fournisseurs / distributeurs

Cass. civ. 1, 15 novembre 2010 (n°09-11161)

De la véritable portée de la directive sur les pratiques commerciales déloyales

Autorité de la concurrence, avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010

Protection de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire

DROIT DES MARQUES

p.10

CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à 238/08

Usage de la marque d'autrui en tant que mot-clé sur internet

Cass.com., 23 mars 2010 (pourvois n°09-65839, 09-65844, 09-66522, 09-66987).

Epuisement du droit sur la marque, dernières évolutions

SELECTION DES FAITS MARQUANT 2010 EN DROIT DE LA FRANCHISE

Autorité de la concurrence, Déc. n°10-D-08, 3 mars 2010

Franchise et abus de dépendance économique

Le 3 mars 2010, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité suivant saisine du Conseil de la Concurrence par le SEFAG (Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale).

L'Autorité de la Concurrence a dû examiner deux types de pratiques dénoncées par les franchisés d'un réseau notoire :

les pratiques visant à dissuader les franchisés de sortir dudit réseau à savoir : durée des engagements, interdépendance des différents contrats et le décalage de leur échéance, la limitation du droit de cession à un tiers (pacte de préférence et prise de participation minoritaire à 26% de la tête de réseau), la dévalorisation du fonds de commerce lors de l'exercice du droit de préemption du franchiseur, les pénalités en cas de rupture anticipée des contrats, le recours aux procédures d'arbitrage en cas de litige, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence dans les contrats de franchise et les pactes d'associés et les contrats de location-gérance.

- les pratiques visant à restreindre la liberté commerciale des franchisés, à savoir : modalités d'approvisionnement (avec notamment la question de la convention de ristourne « Achats et fidélité », la transmission des cadenciers), conditions de détermination par les franchisés de leur politique tarifaire (opacité des conditions tarifaires du fournisseur du fait de l'absence de conditions générales de vente et de la complexité du système de remise et de ristourne, les incitations à pratiquer les prix de vente conseillés laissant pourtant une marge faible au distributeur subordonnant leur respect à une ristourne conditionnelle).

La tête de réseau avançait plusieurs arguments pour se défendre des griefs formulés :

- l'impossibilité de considérer comme constitutives d'un état de dépendance économique des clauses contractuelles non pas imposées, mais volontairement souscrites par les futurs franchisés ;
- l'impossibilité de fonder une prétendue situation de « *dépendance collective* » compte tenu de l'absence totale d'homogénéité des situations des différents franchisés ;
- sa position extrêmement réduite sur le marché pertinent ;
- l'existence de solutions équivalentes pour les franchisés à l'issue de leur contrat de franchise.

L'Autorité de la Concurrence écarte tout d'abord l'existence d'une situation de dépendance économique des candidats à l'ouverture d'un commerce alimentaire de proximité, compte tenu de la part de marché de la tête de réseau (entre 12 et 24%). Elle rappelle par ailleurs que l'état de dépendance économique s'apprécie *in concreto*, soit dans la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques, soit dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution, pourvu que ce réseau constitue un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur, dans la même position économique et juridique.

Elle considère au cas d'espèce que ces deux conditions ne sont pas caractérisées en l'absence d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé à l'égard d'une filiale de la tête de réseau ainsi qu'en l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau considéré, les franchisés relevant de sept régimes contractuels différents.

L'Autorité de la Concurrence en conclut qu'"*aucun des griefs notifiés n'est constitué*".

CA Caen, 1er Chambre civile, 12 mai 2010, Juris-Data n° 2010-018620
De l'indivisibilité d'un contrat de franchise et d'un contrat d'approvisionnement

En l'espèce, un franchisé avait conclu un contrat de franchise (d'une durée de 7 ans) et un contrat d'approvisionnement (d'une durée de 5 ans).

Le franchisé avait tout d'abord dénoncé son contrat d'approvisionnement en manifestant son intention de ne pas le renouveler, avant de décider, quelques mois plus tard, d'apposer une enseigne concurrente, alors même que son contrat de franchise, d'une durée de 7 ans rappelons-le, n'avait quant à lui fait l'objet d'aucune résiliation spécifique.

Dans ce contexte, le franchiseur avait donc assigné le franchisé en référé pour solliciter la dépose de l'enseigne concurrente, puis mis en œuvre la clause d'arbitrage pour qu'il soit statué au fond sur les responsabilités encourues au titre de la rupture de leurs relations contractuelles. Au cours de la procédure – dans le détail de laquelle nous ne reviendrons pas –, le franchisé en avait profité pour dénoncer son contrat de franchise dans les délais contractuels.

Dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt commenté, le franchiseur reprochait au franchisé d'avoir résilié le contrat de franchise par anticipation, tandis que le franchisé faisait valoir que ce contrat de franchise était devenu caduc par le seul effet du non-renouvellement du contrat d'approvisionnement parallèlement conclu.

L'arrêt commenté posait donc la question de l'indivisibilité des contrats de franchise et d'approvisionnement ; de deux choses l'une : ou bien les deux contrats formaient un « *ensemble contractuel* », de sorte que le non-renouvellement de l'un entraînait de plein droit la caducité de l'autre ; ou alors, les deux contrats étaient-ils « *divisibles* », de sorte que le non-renouvellement du contrat d'approvisionnement devait-il rester indifférent à la poursuite du contrat de franchise, plus long de 2 ans.

Telle était donc la question posée.

La réponse à la question posée – somme toute assez classique au regard des décisions déjà rendues en droit commun des contrats – supposait de rappeler les critères propres à établir l'existence d'un ensemble contractuel. C'est là tout l'intérêt de cette décision, dont la motivation impeccable mérite d'être rappelée.

En premier lieu, la cour rappelle opportunément qu'un ensemble contractuel se caractérise par la « *situation dans laquelle se trouvent deux (ou plusieurs) contrats constituant une opération économique unique* », c'est-à-dire lorsque « *l'exécution de l'un devient impossible sans l'exécution de l'autre* ».

En deuxième lieu, l'arrêt souligne à juste titre que, d'une manière générale, « *un contrat d'approvisionnement peut être signé indépendamment d'un contrat de franchise* » ; autrement dit, la seule coexistence de tels contrats ne suffit pas à former un « *ensemble contractuel* », et un examen au cas par cas s'impose donc pour apprécier, en pareille circonstance, l'existence (ou non) d'un ensemble contractuel.

En troisième lieu, et surtout, le juge s'attache-t-il, à cerner la commune intention des parties. Ainsi, pour caractériser (en l'espèce) l'existence d'un ensemble contractuel, le juge retient-il dans cette affaire que :

- les deux contrats avaient été signés le même jour ;
- certaines clauses du contrat de franchise ne pouvaient s'appliquer sans considération de celles figurant dans le contrat d'approvisionnement.

La Cour concluait-elle que l'intention des parties était donc bien, en l'espèce, de conditionner l'application du contrat de franchise à celle du contrat d'approvisionnement. De ce fait, le non-renouvellement du second entraînait de plein droit la caducité du premier.

Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV n°114
 Consécration de l'originalité du contrat de commission-affiliation
 par rapport au contrat d'agence commerciale

L'affaire qui a opposé la société CHATTAWAK, qui dirige le réseau du même nom, à son affilié d'Annecy défraye la chronique depuis plusieurs années. Au-delà de l'espèce considérée, c'est la viabilité de la commission-affiliation elle-même qui paraissait être en jeu, tant les critères retenus par la Cour d'appel de Paris pour qualifier le contrat en cause de contrat d'agence commerciale paraissaient-ils remplis quasi-systématiquement par les contrats de commission-affiliation.

L'enjeu réside dans l'indemnité dont bénéficie l'agent commercial en cas de rupture de son contrat, qui se serait élevée en l'espèce à 145.000 euros.

Le 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a mis fin aux inquiétudes des têtes de réseaux de commission-affiliation en consacrant l'originalité du statut du commissionnaire-affilié par rapport à celui d'agent commercial. Cet arrêt constitue la dernière en date des quatre étapes de l'affaire CHATTAWAK, qui seront rappelées brièvement ci-après.

1^{ère} étape (CA Paris, 13 septembre 2006, Juris-Data n°312382) : la Cour d'appel de Paris, confirmant le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 6 février 2004, considère que l'affilié a agi non seulement pour le compte de la société CHATTAWAK, mais également au nom de cette dernière et était par conséquent l'agent commercial de CHATTAWAK. Pour fonder sa décision, la Cour d'appel relevait que plusieurs interlocuteurs s'adressaient à l'affilié sous la dénomination « CHATTAWAK ».

2^{ème} étape (Cass. com., 26 février 2008, pourvoi n°06-20.772) : la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, au motif que le contrat stipulait que l'affilié était « *un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce* », alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a au demeurant pas de clientèle propre, ne peut logiquement être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant.

3^{ème} étape (CA Paris, 9 avril 2009, Juris-Data de renvoi, s'attache à démontrer que le commissionnaire-affilié n'était pas, dans la réalité des faits, propriétaire du fonds de commerce, estimant que la tête de réseau possédait ou contrôlait les éléments essentiels du fonds de commerce. Pour ce faire, la Cour :

- estime que le fait que l'affilié ait pu céder son bail commercial n'est pas un élément essentiel du litige ;
- reprend les arguments de l'arrêt du 13 septembre 2006 pour conclure que l'affilié agissait au nom et pour le compte de la tête de réseau ;
- indique que l'influence de l'affilié sur la clientèle locale est difficile à cerner ; elle indique cependant que la clientèle est détachable de la marque.

4^{ème} étape : l'arrêt commenté casse l'arrêt de la Cour d'appel, sur chacun des motifs précités :

- le fait que l'affilié ait été titulaire d'un bail commercial est, contrairement à ce qu'a prétendu la Cour d'appel, un élément essentiel pour déterminer si l'affilié avait la qualité de commerçant ;
- la Cour d'appel ne pouvait considérer que l'affilié contractait au nom de la tête de réseau sans rechercher laquelle des sociétés avait la qualité juridique de vendeur ;
- l'agent commercial n'ayant pas de clientèle propre, la cour d'appel ne pouvait qualifier l'affilié d'agent commercial tout en constatant qu'il avait une telle clientèle.

L'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Paris autrement composée. Le débat semble néanmoins clos, comme le laisse augurer l'arrêt rendu le 16 décembre 2010 par la Cour d'appel de Pau (R.G. n°09/03594) qui, après avoir constaté que le commissionnaire-affilié était propriétaire de son fonds de commerce, a rejeté en conséquence la qualification d'agent commercial.

Cass. civ. 1, 15 novembre 2010 (n°09-11161)

Clauses de non-concurrence et de non ré-affiliation :
beaucoup de bruit pour pas grand chose

On le sait, la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise est subordonnée à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat.

La jurisprudence retient que la clause interdisant au franchisé d'exercer, même de manière indépendante, une activité commerciale concurrente dans le local concerné est proportionnée à la protection des intérêts visés par cette stipulation, tel que le savoir-faire (Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-17.650). De plus, il sera bien souvent opportun de rédiger une clause de non-concurrence dite « renforcée » qui étendra opportunément, au moyen d'un engagement de porte-fort, le champ de l'interdiction à d'autres personnes que le franchisé lui-même, tel que le gérant, mais également aux membres de sa famille, ainsi que l'ensemble de ses associés, voire son personnel ou ses mandataires éventuels.

Selon nous, la clause de non-concurrence dite « renforcée » s'impose au plan juridique, les clauses de restrictives de concurrence étant d'interprétation stricte (Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-20.385) et, au plan opérationnel, la clause de non-concurrence dite « renforcée » permettant d'optimiser la protection du savoir-faire du franchiseur, précisément parce que le plus grand nombre d'hypothèses aura été envisagé.

La clause de non-réaffiliation est en revanche moins restrictive pour le franchisé puisque, comme la cour de cassation vient justement de le réaffirmer, elle ne lui interdit pas la poursuite d'une activité commerciale identique, mais restreint tout au plus sa liberté d'affiliation à un autre réseau (Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-13.888) ; de ce fait, la cour suprême a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Caen, qui avait assimilé à tort la clause de non-réaffiliation à la clause de non-concurrence.

La jurisprudence est d'ailleurs parfaitement cohérente puisqu'elle admet que les conditions de validité de la clause de non-réaffiliation soient moins contraignantes : une telle clause est en effet valable dès lors qu'elle se trouve limitée dans le temps et dans l'espace (Com. 17 janv. 2006, n°03-12.382 : selon lequel « l'article 3, paragraphe 1 c) du règlement CE n° 4087/88 de la Commission (...) permet d'imposer au franchisé l'obligation de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, dans la mesure où cette obligation est nécessaire pour protéger des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé ; qu'ayant retenu que la clause de non-réaffiliation n'interdisait pas la poursuite d'une activité commerciale identique et se trouvait limitée dans le temps et dans l'espace, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a constaté que la décision arbitrale était motivée, a retenu que cette clause ne violait aucune règle d'ordre public. »

La clause de non-sollicitation de personnel est encore moins restrictive de concurrence que les précédentes puisqu'elle tend à interdire à un partenaire de démarcher un salarié de son cocontractant.

De ce fait, les conditions de validité de cette clause sont encore plus souples puisqu'il n'est même pas nécessaire que l'interdiction soit limitée dans l'espace (Com. 11 juill. 2006, n°04-20.438).

Les clauses de non-concurrence, de non-réaffiliation et de non-sollicitation imposent une restriction décroissante de concurrence ; il est donc logique que leurs conditions de validité respectives s'assouplissent au fur et à mesure que cette restriction de concurrence diminue.

Cette prévisibilité juridique ne peut que conduire les réseaux à en tirer les leçons.

SELECTION DES FAITS MARQUANT 2010 EN DROIT DE LA DISTRIBUTION

Règlement n°330-2010 et lignes directrices relatifs aux accords verticaux Les nouvelles règles communautaires applicables aux réseaux de distribution

Les deux principaux textes adoptés en 2010 pour les réseaux de distribution sont le règlement n°330-2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, et les lignes directrices qui l'accompagnent. Ils ont remplacé, le 1^{er} juin 2010, le précédent règlement n°2790/1999 et ses lignes directrices.

Ces textes, applicables jusqu'au 31 mai 2022 intéressent l'ensemble des réseaux, y compris ceux de taille modeste n'impactant pas le commerce entre Etats membres, dès lors que – à l'instar des précédents – même lorsqu'ils ne sont pas applicables, ils servent de guide d'analyse à l'Autorité de la concurrence et aux juridictions nationales pour évaluer la licéité contestée d'un accord de distribution au regard du droit de la concurrence.

S'il n'est pas envisageable d'évoquer, même succinctement, l'ensemble des modifications introduites par le nouveau règlement communautaire et ses lignes directrices, on en présentera néanmoins les principales mesures.

En premier lieu, la Commission a souhaité prendre en compte la puissance d'achat croissante de certains distributeurs (notamment dans la grande distribution) et a donc instauré un double seuil de parts de marché. Ainsi, alors qu'auparavant il suffisait de s'assurer pour pouvoir bénéficier des règles d'exemption du règlement que le fournisseur disposait d'une part de marché inférieure à 30%, désormais la part de marché du distributeur doit également être inférieure à ce seuil. Si cette disposition a ému les distributeurs, son impact pratique doit néanmoins être relativisé dès lors que la part de marché du distributeur n'est pas calculée sur le marché sur lequel il vend ses produits, mais sur le marché sur lequel il les achète.

Or, sur le marché de l'approvisionnement, la très grande majorité des distributeurs détient une faible part de marché, de loin inférieure à 30%, et devrait donc continuer à bénéficier de l'exemption communautaire.

En second lieu, les lignes directrices – dont on rappellera qu'elles n'ont juridiquement aucun caractère contraignant – ont abordé la question désormais centrale pour les réseaux de distribution que constitue l'accès de leurs distributeurs à l'Internet. Sur ce point, la Commission européenne a tout d'abord confirmé qu'une vente en ligne constitue en principe une vente passive. Ainsi, les freins posés à ces ventes passives constitueraient des restrictions caractérisées, qui excluraient l'accord de distribution du bénéfice de l'exemption. La Commission considère néanmoins que certaines activités du distributeur sur Internet constituent des ventes actives, notamment lorsque celui-ci développe des efforts pour atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers.

Par ailleurs, la Commission confirme que l'ouverture d'un site Internet ne constitue pas la création d'un nouveau point de vente.

Elle réaffirme également la nécessité pour la tête de réseau de ne pas discriminer les ventes en ligne par rapport aux ventes physiques. Sans exiger que les obligations imposées à chaque forme de distribution soient strictement identiques, celles imposées aux distributeurs en ligne doivent être « globalement équivalentes » à celles imposées pour la vente dans un point de vente physique.

La Commission a en outre confirmé la possibilité pour les têtes de réseaux d'imposer aux distributeurs des normes de qualité sur leur site Internet et a autorisé l'exclusion des *pure players*, en admettant que le fournisseur puisse exiger la détention par ses distributeurs d'un point de vente physique.

Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, avis n°10-15
Application de la LME à certaines relations fournisseurs / distributeurs

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, qui depuis l'entrée en vigueur de la LME s'efforce régulièrement de répondre aux questions des opérateurs, a rendu le 4 novembre 2010 un avis portant sur l'application de la LME à certaines relations entre fournisseurs et distributeurs. Elle avait en effet été saisie en début d'année 2010 par une organisation professionnelle souhaitant obtenir la position de la CEPC sur trois pratiques rencontrées dans les relations de ses adhérents avec la grande distribution.

En premier lieu, la CEPC se penche sur la question des tarifs applicables entre le fournisseur et le distributeur lorsque ces derniers ne sont parvenus à aucun accord les concernant à l'issue des négociations commerciales annuelles. En effet, au moment de la négociation de la convention unique annuelle ou du nouveau contrat-cadre, en application de l'article L.441-7 du code de commerce, les parties sont amenées à évoquer les conditions de ventes des produits (qui doivent figurer dans cette convention) et les tarifs appliqués aux produits vendus par le fournisseur au distributeur.

La CEPC rappelle ainsi aux opérateurs que la conclusion de la convention annuelle est obligatoire, et qu'en principe les relations devraient donc être couvertes par celles-ci. Elle indique en conséquence qu'en l'absence de convention, aucun contrat de vente ne peut se former. Dès lors, le distributeur ne devrait pas passer commande, et s'il le fait le fournisseur ne doit pas le livrer. Cette recommandation est fondamentale, dès lors qu'en poursuivant la relation commerciale, sans que celle-ci soit couverte par une convention unique (conclue avant le 1^{er} mars), les parties encourent une amende de 375.000 euros (la peine de 75.000 euros prévue par l'article L.441-7 du code de commerce étant quintuplée s'agissant de personnes morales).

Pour les hypothèses dans lesquelles des commandes et livraisons seraient intervenues, la CEPC réserve la décision aux juges du fond.

Ceux-ci seront en effet seuls à même de déterminer les conditions tarifaires applicables entre les parties, en fonction des faits de l'espèce et pourront ainsi soit considérer que les parties se sont entendues sur les nouvelles conditions tarifaires, soit maintenir celles applicables pour la période précédente.

La CEPC se prononce également sur la pratique consistant, pour la tête de réseau, à conditionner le référencement des fournisseurs à la souscription d'une convention de services avec un prestataire tiers, prévoyant la centralisation de leurs paiements. Elle considère qu'une telle obligation de couplage d'obligations pourtant distinctes (fourniture de produits et centralisation des paiements) est susceptible de constituer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L.446-2, 1, 2° du code de commerce (notamment sanctionné d'une amende civile de 2 millions d'euros), voire un abus de dépendance économique au sens de l'article L.420-2 du code de commerce, sous réserve qu'une telle situation de dépendance économique puisse être établie.

Enfin, la CEPC, en répondant (par la négative) à l'interrogation de l'organisation professionnelle quant à la possibilité de minorer l'assiette des ristournes avec les NIP (nouveaux instruments promotionnels), revient sur la qualification à retenir pour les contrats prévoyant ces NIP. Elle rappelle en effet que si les contrats par lesquels le fournisseur confie au distributeur la mise en œuvre des NIP constituent en principe des mandats, dans un certain nombre de cas les conditions de validité du mandat ne sont pas remplies.

En effet, en particulier, il est rare que les distributeurs indiquent aux consommateurs qu'ils agissent au nom et pour le compte des fournisseurs, les instructions des fournisseurs sur les conditions de l'opération ne sont pas toujours respectées et les redditions de comptes au fournisseur ne sont parfois pas effectuées. Dans un tel cas, la CEPC précise que le contrat pourra être requalifié en contrat d'entreprise.

Cass. civ. 1, 15 novembre 2010 (n°09-11161)

De la véritable portée de la directive sur les pratiques commerciales déloyales

La directive sur les pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005 a été transposée en droit français par la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (loi dite « Chatel 2 ») ; la LME a par la suite parachévé ce processus de transposition.

Cette réforme est fondamentale car elle révolutionne la méthode permettant de qualifier une pratique de déloyale ; il ne s'agit plus en effet de procéder – comme par le passé – par voie de dispositions abstraites et générales.

La loi procède au contraire par voie d'énumérations précises, concrètes et détaillées.

En droit interne, l'article L.120-1-I du code de la consommation dispose-t-il : « *I.- Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1.* ».

Ce texte a une portée générale puisqu'il vise les relations contractuelles et extracontractuelles.

Il faut relever que ce dispositif est par ailleurs complété par les articles L.122-1 à L. 122-15 du code de la consommation relatifs aux pratiques illicites.

Il aura toutefois fallu attendre l'arrêt rendu le 25 novembre 2010, pour que chacun puisse (et doive !) désormais mesurer toute l'ampleur de ces textes, qui ne peuvent être appréhendés sans revenir sur l'inévitable réforme engagée par la directive de 2005, texte supérieur dans la hiérarchie des normes que nous connaissons.

En l'espèce, un consommateur ayant acheté un ordinateur équipé de logiciels préinstallés avait assigné le vendeur pour obtenir le remboursement du seul prix de la licence, puisqu'il entendait conserver par ailleurs l'ordinateur proprement dit.

Le juge du fond considérait-il qu'il s'agissait d'un seul et même produit et avait donc rejeté la demande au motif que l'achat conclu entre les parties portait sur un type d'ordinateur prêt à l'emploi et que le remboursement ne pouvait porter que sur les produits pris dans son ensemble.

La Cour de Cassation casse cette décision au visa de « *l'article L.122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de la directive 2005/29/05 du 11 mai 2005* » ; elle retient que le juge du fond aurait dû rechercher si l'opération commerciale en cause entrait dans le champ d'application de cette Directive, donc si la pratique dénoncée était ou non « *contraire aux exigences de la diligence professionnelle* » et « *susceptible d'altérer substantiellement le comportement économique du consommateur* ».

Autrement dit, quand bien même l'opération ne serait pas une vente liée, le juge ne peut s'abstenir de rechercher le caractère déloyal d'une telle pratique au regard des dispositions supérieures de la directive, au travers desquelles le texte national, en l'espèce l'article L.122-1 précité, doit nécessairement être interprété.

Il serait dangereux de ne pas percevoir la portée de la décision ainsi rendue : toute pratique commerciale, quelle qu'en soit la nature, est susceptible d'être qualifiée de pratique commerciale déloyale.

Autorité de la concurrence, avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010
Protection de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire

L'Autorité de la concurrence a fait le bilan de l'état de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire et émis des préconisations exposées dans son avis du 7 décembre 2010.

Le degré de concentration du secteur est jugé préoccupant par l'Autorité, qui relève notamment qu'en matière de commerce de proximité, dans environ 70 % des communes étudiées, s'affrontent au maximum quatre opérateurs. S'agissant du secteur des hypermarchés, il s'avère que 30 % des zones de chalandises voient s'affronter quatre opérateurs ou moins.

Au regard de ce constat, l'Autorité a recherché les causes de cette concentration. Or, selon l'avis du 7 décembre 2010, les obstacles à l'entrée du marché de nature réglementaire (en matière d'urbanisme commercial) *« sont aggravés par les comportements des opérateurs en place »*.

Selon l'Autorité, en effet, la sanction des opérateurs par le biais du droit positif de la concurrence, et notamment par le biais de la théorie de l'effet cumulatif, dans le cadre de la poursuite des pratiques anticoncurrentielles, serait longue et incertaine.

Aussi, l'avis de l'Autorité de la concurrence fait l'état des clauses dont elle estime qu'elles participent à la restriction de la concurrence sur le marché de la distribution alimentaire, et formule à leur sujet des recommandations allant de leur encadrement à leur interdiction pure et simple.

Pour la mise en œuvre de ces recommandations, l'Autorité fait appel en premier lieu aux opérateurs eux-mêmes, en leur indiquant que ces préconisations pourraient *« dans un premier temps, être mises en œuvre avec le concours des organismes professionnels »*.

A défaut pour les opérateurs de suivre ces recommandations, l'Autorité peut invoquer une intervention du législateur.

Ayant écarté les arguments opposés à ces recommandations par les acteurs du secteur, l'Autorité préconise, s'agissant des relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés :

- la conclusion d'un accord cadre unique complété, le cas échéant, de contrats d'application ;
- la communication du projet d'accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers ;
- le renforcement de l'information précontractuelle (en étendant l'information relative au contenu du contrat à l'intégralité de la relation contractuelle et notamment au contrat de franchise, au contrat d'approvisionnement, au contrat de bail, au contrat de location-gérance, aux statuts de la société d'exploitation et au pacte d'associés) ;
- la limitation de la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum ;
- l'harmonisation de la durée et des modalités de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs d'une même relation ;
- l'interdiction des droits de priorité (droits de préemption et de préférence) au profit des têtes de réseau ;
- la limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés à une durée de un an et au magasin objet du contrat ;
- l'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé ;
- l'encadrement des prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés ;
- l'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé ;
- l'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.

SELECTION DES FAITS MARQUANT 2010 EN DROIT DES MARQUES

CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à 238/08

Usage de la marque d'autrui en tant que mot-clé sur internet

Depuis plusieurs années, les titulaires de marques se sont émus de la pratique consistant, pour des concurrents (voire même des distributeurs de produits contrefaisants), à utiliser leur marque comme mot-clé, grâce au système de référencement Google Adwords, afin de générer un lien promotionnel lorsque l'internaute effectue une requête sur ce mot-clé aux fins de promouvoir leurs propres produits.

Plusieurs décisions condamnant Google pour contrefaçon ou complicité de contrefaçon, ont déjà été rendues par les juges du fond, avant que la Cour de cassation saisisse la CJUE de questions préjudicielles. Celles-ci visaient à déterminer si un tel usage de la marque d'autrui, tant par l'annonceur en utilisant à titre de mot-clé la marque afin de générer un lien commercial vers un site proposant des produits et services identiques ou similaires à ceux du titulaire de la marque, que par Google Adwords en mettant à disposition des mots clés reproduisant ou imitant des marques déposées, est susceptible de porter atteinte au droit sur la marque. Dans ses arrêts du 23 mars 2010 (aff. C-236/08 à 238/08), la CJUE a apporté un certain nombre de précisions éclairantes.

En premier lieu, la CJUE indique que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire de la publicité à partir d'un mot-clé identique à ladite marque, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur internet (en l'espèce le service Adwords) sans le consentement du titulaire de la marque.

Toutefois, il doit établir que ladite publicité ne permet pas, ou difficilement, à l'internaute de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce – qui sont donc identiques ou similaires à ceux visés par l'enregistrement – proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou au contraire d'un tiers.

En somme, l'annonceur qui génère une publicité en utilisant comme mot clé la marque d'un tiers commet une contrefaçon s'il en résulte un risque de confusion pour l'internaute.

En second lieu, la CJUE juge différemment les actes commis par Google en décidant que « *le prestataire d'un service de référencement sur internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5 § 1 et 2 de la directive 89/107 ou de l'article 9§1 du règlement n°40/94* ». En d'autres termes, Google ne commet pas d'atteinte au droit sur la marque car il ne fait pas un usage de nature à porter atteinte aux fonctions de la marque des dénominations qu'il propose à titre de mot-clé.

La Cour de cassation, dans ses arrêts du 13 juillet 2010 (pourvois n°08-13944, 06-15136, 05-14331, 06-20230), a appliqué les réponses apportées par la CJUE suite aux questions préjudicielles qui lui avaient été posées, dans des affaires qui opposaient des titulaires de marques à Google et des annonceurs.

La Cour de cassation reprend en effet la solution selon laquelle le prestataire d'un service de référencement qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage à partir de celui-ci ne commet pas de contrefaçon. La cour reprend également la solution selon laquelle l'annonceur qui fait de la publicité pour des produits et services identiques ou similaires à ceux protégés par une marque, en choisissant ce terme comme mot-clé dans un service de référencement sur Internet, peut contrefaire celle-ci lorsque la publicité ne met pas, ou met difficilement, le consommateur en mesure de savoir si les produits visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque, d'une entreprise liée, ou d'un tiers.

On le sait, la CJUE a eu l'occasion de rendre une décision (CJUE, 23 avr.2009, aff. C-59-08 Copad/Dior) riche d'enseignements concernant l'épuisement du droit sur la marque et facilitant la protection des marques de luxe.

En effet, dans cet arrêt, elle admet que les conditions de commercialisation de produits revêtus d'une marque de renommée puissent constituer un motif légitime pour le titulaire de la marque de s'opposer à la commercialisation desdits produits, faisant ainsi échec à l'épuisement. Selon cette décision également, la violation par le licencié de la clause lui interdisant toute revente à des soldeurs, grossistes, etc., prévue pour maintenir le prestige et la renommée de la marque est de nature à empêcher l'épuisement du droit dans la mesure où le titulaire de la marque n'a pas consenti à la mise dans le commerce des produits dans ces conditions.

L'affaire est donc revenue devant la Cour de cassation qui avait saisi la CJUE de plusieurs questions préjudicielles. La Haute juridiction a renvoyé l'affaire devant une cour de renvoi qui devra apprécier si les conditions de commercialisation des produits sont de nature à « *porter atteinte à l'allure et à l'image de prestige qui confèrent auxdits produits une sensation de luxe* ».

On rappellera que l'épuisement du droit sur la marque (règle reprise à l'article L.713-4 du code de la propriété intellectuelle) consiste à considérer que le droit du titulaire de la marque s'épuise après la première mise dans le commerce des produits revêtus de la marque sur le territoire de l'EEE.

En somme, le titulaire de la marque ne peut plus contrôler la circulation des produits qu'il a mis dans le commerce en se servant de son droit sur la marque.

Ce qui n'exclut pas d'autres voies d'actions éventuelles. Toutefois, l'épuisement sera neutralisé si le titulaire de la marque peut se prévaloir de « motifs légitimes » tenant notamment à la modification ou à l'altération de l'état des produits.

Sur cette base, la CJUE a ainsi admis que l'atteinte à la renommée de la marque peut constituer un juste motif. Par ces arrêts du 23 mars 2010, la Cour de cassation s'inscrit dans le sillage de la solution dégagée par la CJUE l'année précédente dans son arrêt Copad/Dior lorsqu'est concernée une marque de luxe.

Dans ces affaires, des produits de luxe avaient été acquis par un soldeur dans une vente aux enchères du stock d'une société, membre du réseau de distribution sélective, afin d'être vendus par ledit soldeur dans des conditions fort éloignées de celles du réseau de distribution du titulaire de la marque.

Le titulaire de la marque qui entendait faire cesser cette commercialisation et obtenir réparation de son préjudice avait donc agi en contrefaçon et s'était vu opposer en défense la règle de l'épuisement des droits.

La Cour de cassation approuve les arrêts soumis à sa vigilance qui avaient écarté la règle de l'épuisement du droit sur la marque et retenu que les conditions de commercialisation étaient de nature à justifier que le titulaire de la marque s'y oppose.

En effet, les conditions de commercialisation, à savoir : les produits offerts à la vente dans une solderie en libre service installée dans un hangar, les emballages présentant des défauts d'aspects imputables à une manipulation excessive et sans soin, des affichettes de publicité de la vente annonçant un rabais de 30 % de qualité médiocre, portaient atteinte à la valeur de la marque et étaient de nature à ternir l'image de luxe et de prestige des produits.

Aussi, le titulaire d'une marque de luxe peut agir en contrefaçon à l'encontre de celui qui commercialise des produits revêtus de sa marque des lors qu'il démontre l'atteinte à la valeur de sa marque en raison des conditions particulières de commercialisation ainsi que de la publicité attachées à celle-ci sans se voir opposer l'épuisement de son droit.

C'est donc une évolution qui se joue dans un sens favorable aux intérêts des titulaires de marque et dont on se félicitera.

ACTUALITE DU DEPARTEMENT

PROCHAINEMENT ...

Petites affiches

Cette année, le Département Franchise, Réseaux et Distribution a choisi de consacrer le numéro spécial qu'elle publie aux Petites affiches au développement des enseignes à l'International; la parution de ce numéro spécial est prévue début mars 2011.

EVENEMENT



Le Département Franchise, Réseaux & Distribution sera présent à la 30^{ème} édition du salon Franchise Expo Paris, qui se tiendra à Paris du 20 au 23 mars 2011.

Nous aurons ainsi le plaisir de vous accueillir au Village des Experts

PUBLICATIONS RECENTES

F.-L. SIMON – « *Franchise et concurrence* »,
[Franchise Magazine-1^{er} novembre 2010](#)

F.-L. SIMON - « *Ne pas se focaliser sur l'intitulé du contrat* »,
[Franchise Magazine, Hors série guide pratique-Décembre 2010](#)

F.-L. SIMON - « *Une loi n'est pas souhaitable* »,
[Franchise Magazine, 05/01/2011](#)

Gaëlle TOUSSAINT-DAVID - « *Maintien des soldes flottants en 2011* »,
[Points de vente, 10/01/2011](#)

Flore SERGENT - « *Retour sur les mesures étudiées par l'Autorité de la concurrence pour la distribution alimentaire* »,
[ObservatoiredeLaFranchise.fr, 03/01/2011](#)