

LETTRE DES RÉSEAUX

Juillet-Août 2012

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 94 94 - Fax. 04 11 62 80 78

www.simonassocies.com



François-Luc SIMON

Associé-Gérant
Docteur en droit
Membre du Collège
des Experts de la FFF

SOMMAIRE	
<u>ETUDES :</u>	
Expulsion du locataire-gérant franchisé par le juge des référés Ord. Réf., Trib. Com. Paris, 26 juin 2012, inédit	p.2
L'étude de marché d'implantation : Outil de réduction du doute et d'augmentation de l'efficacité du service développement	p.4
<u>PRATIQUE :</u>	
Les mystères de la clause d'« objectif minimum »	p.7
<u>DISTRIBUTION :</u>	
Cass. com., 26 juin 2012, pourvoi n°11-20.538 Non-concurrence et réseau coopératif	p.9
Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n°11-19.047 Comptes prévisionnels et nullité du contrat de franchise	p.10
Cass. com., 30 mai 2012, pourvoi n°11-13.653 Tacite reconduction et survivance de la clause de non-réaffiliation	p.11
CA Versailles, 16 mai 2012, R.G. n°11/04540 Descente de l'enseigne en référé pour non paiement des redevances de franchise	p.11
<u>CONCURRENCE ET PRATIQUES COMMERCIALES :</u>	
Fiche pratique DGCCRF, 14 juin 2012 Positions de la DGCCRF concernant la notion de déséquilibre significatif	p.12
ADLC, 6 avril 2012, Décision n° 12-D-11 Restructuration de réseau et Position dominante	p.12
Cass. com., 14 février 2012, pourvoi n° 10-19.330 Droit de la publicité et promotion des ventes	p.13
<u>PROPRIETE INTELLECTUELLE :</u>	
CA Paris, 20 juin 2012, RG n°10/19925 Caractères distinctif et trompeur d'un signe	p.14
CA Paris, 15 juin 2012, RG n°11/10236 Enjeux pratiques et formalités	p.14
Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n°11-21.723 Du bon usage de la marque pour échapper à la déchéance de ses droits	p.15
Cass. com., 30 mai 2012, pourvoi n°11-20.724 Marque de position	p.15
<u>INTERNATIONAL :</u>	
Focus « Actualités » : ASIE – UE – USA	p.16

ETUDE :
Expulsion du locataire-gérant franchisé par le juge des référés
(Ord. Réf., Trib. Com. Paris, 26 juin 2012, inédit)

Le développement d'un réseau au moyen du mécanisme de la location-gérance est chose fréquente depuis plusieurs années. Ce succès s'explique par les avantages indéniables que la location-gérance offre à chacun des partenaires concernés, avantages qu'il nous faut rappeler ici – pour les plus « classiques » d'entre eux –, avant d'aborder la question plus spécifique découlant de la décision commentée.

La location-gérance présente tout d'abord l'avantage de permettre à la tête de réseau de faire accéder les candidats disposant de peu de fonds propres à une activité entrepreneuriale en les mettant à la direction de l'un des points de vente de l'enseigne. Le phénomène concerne parfois les meilleurs salariés de l'enseigne décidant de se « lancer » à la tête d'un point de vente ; il ne s'agit plus ici, pour ces derniers, d'exercer une activité salariée supposant l'existence d'un lien de subordination et d'une rémunération fixe, mais d'intervenir au contraire à la tête d'un point de vente, en tant qu'entrepreneur indépendant percevant une rémunération variant selon le chiffre d'affaires réalisé. La formule est donc intéressante à la fois :

- pour ce partenaire, qui pourra devenir entrepreneur sans fonds propres significatifs tout en percevant une rémunération potentiellement plus attractive que sa rémunération salariée,
- pour la tête de réseau qui, en présence d'anciens salariés, intégrera ainsi dans son réseau des personnes dont elle a pu déjà vérifier les qualités de rigueur et de sérieux, favorisant en cela le respect du concept.

La location-gérance présente ensuite l'avantage de permettre à la tête de réseau de conserver la propriété commerciale du fonds de commerce. Cet avantage se manifeste essentiellement lorsque le réseau entend conserver tel ou tel emplacement stratégique, plutôt que de risquer le départ du partenaire au profit d'une enseigne concurrente en cas de résiliation anticipée du contrat ou de survenance de son terme ; l'évolution récente de la jurisprudence a d'ailleurs encore montré les limites des clauses de non-réaffiliation post-contractuelle (Cass. com., 3 avr. 2012, pourvoi n°11-16.301).

Cet avantage se manifeste encore lorsque le propriétaire du fonds, constatant des fautes commises par le locataire-gérant, entend résilier le contrat qui les lie afin de récupérer l'exploitation dudit fonds.

Dans cette perspective, la décision commentée met en lumière un autre avantage attaché à la location-gérance : la possibilité pour la tête de réseau de faire expulser le locataire-gérant membre du réseau par le juge des référés en présence d'un comportement fautif. A ce titre, les faits de l'espèce étaient simples, ce qui donne à la décision commentée une portée générale (I), qu'il conviendra de situer dans le contexte plus général du droit positif (II).

• **La décision commentée**

Les faits de l'espèce étaient simples. L'exploitant du fonds de commerce avait signé le 1^{er} juin 2010 :

- un contrat de franchise d'une durée de cinq ans lui permettant de bénéficier de signes distinctifs, d'un savoir-faire et d'une assistance continue,
- un contrat de location-gérance, pour la même durée, lui conférant le droit d'exploiter un fonds de commerce.

Quelques jours après la résiliation des contrats, le locataire-gérant avait refusé de restituer le fonds de commerce et avait, au surplus, persisté à commettre les fautes à l'origine desquelles les contrats s'étaient trouvés résiliés.

L'exploitant avait pris les devants au plan judiciaire en saisissant immédiatement le juge des référés, devant lequel il contestait la validité de la résiliation du contrat de franchise et du contrat de location-gérance, et demandait en conséquence au juge de l'évidence d'ordonner la poursuite de certains de leurs effets, notamment l'accès au fonds de commerce et l'accès aux commandes des produits nécessaires à cette exploitation. Parallèlement, l'exploitant avait également saisi le juge du fond, d'une demande tendant à contester la validité de la résiliation des contrats en cause.

Dans le cadre de l'instance de référé, la tête de réseau avait, à titre reconventionnel, sollicité l'expulsion du locataire-gérant en raison :

- du trouble manifestement illicite
- du dommage imminent

L'ordonnance commentée statue tour à tour sur les deux séries de demandes.

Pour débouter l'exploitant de l'ensemble de ses demandes, le juge des référés retient que la tête de réseau avait résilié le contrat de franchise suivant les conditions de forme (Lettre RAR) et de délai (mise en demeure impartissant un délai de 15 jours) figurant audit contrat, et que l'exploitant ne démontrait pas le caractère illégitime de la résiliation en cause.

Pour faire droit à l'ensemble des demandes de la tête de réseau, le juge des référés retient que le contrat de franchise et le contrat de location-gérance sont indissociables, et que la résiliation du contrat de franchise a donc entraîné la résiliation du contrat de location-gérance, qui justifie la restitution immédiate du fonds de commerce, sous astreinte.

• Le droit positif

Plusieurs points de droit doivent être distingués les uns des autres pour bien cerner l'état du droit positif et déterminer les cas dans lesquels le locataire-gérant peut être expulsé par la voie du référé.

En premier lieu, comme l'indique le juge des référés dans la décision commentée, la résiliation du contrat de location-gérance justifie la demande d'expulsion. Cette résiliation peut intervenir :

- soit directement, lorsque le locataire-gérant a commis une faute la justifiant tel que par exemple le non-paiement d'une redevance de location-gérance,
- soit, comme en l'espèce, indirectement, lorsque le contrat de location-gérance est lié à un contrat (ici de franchise) lui-même résilié.

En deuxième lieu, la question de savoir si la résiliation du contrat de location-gérance est valable ou non est indifférente à la solution du litige. En effet, dès lors que le contrat de location-gérance a été résilié, le fait pour le locataire-gérant de refuser de restituer le fonds de commerce à son propriétaire,

cause nécessairement à ce dernier un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser en ordonnant la restitution du fonds, et ce, peu important le bien fondé de la résiliation du contrat de location-gérance (Cass. com., 20 sept. 2011, pourvoi n°10-19.031(*Mc Donald's*)).

La Cour de cassation a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé à tort d'accorder en référé la restitution du fonds à son propriétaire, au motif qu'il existait une contestation sérieuse quant à la mise en œuvre de la clause résolutoire du contrat :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Sodexaub ayant refusé de restituer à la société McDonald's son fonds de commerce postérieurement à la résiliation du contrat, ce dont il résultait un trouble manifestement illicite, peu important le bien fondé de cette résiliation, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (nous soulignons).

(Cass. com., 20 sept. 2011, pourvoi n°10-19.031(*Mc Donald's*)).

Il en va de même en l'espèce : la motivation de l'ordonnance commentée considère implicitement mais nécessairement que le caractère justifié (ou non) de la résiliation du contrat de location-gérance est indifférent à la constitution du trouble manifestement illicite et, donc, au prononcé de la décision d'expulsion ; en effet, la lecture de la motivation de l'ordonnance relative à la demande « reconventionnelle » n'envisage pas la question de la validité de la résiliation ; comme on l'a vu, ce n'est qu'au titre de la demande « principale », formulée par le locataire-gérant, qu'il est relevé que celui-ci ne justifie pas du caractère illégitime de la résiliation critiquée.

En troisième lieu, la circonstance que l'une ou l'autre des parties ait pu saisir le juge du fond est indifférente à l'exercice par le juge des référés de son office qui peut ainsi ordonner l'expulsion en cas de trouble manifestement illicite (CA Rennes, 7 septembre 2010, RG n°10/00552 (*Yves Rocher*) : à propos d'un gérant mandataire).

Le droit positif comme la décision rendue ont de quoi sécuriser les têtes de réseaux appelées à se développer en location-gérance.

François-Luc SIMON

Associé-Gérant

Docteur en droit

Membre du Collège des Experts de la FFF

L'étude de marché d'implantation : outil de réduction du doute et d'augmentation de l'efficacité du service développement

Il n'existe aucune obligation légale de réaliser une étude de marché d'implantation complète avec prédiction du chiffre d'affaires pour un réseau se développant sous contrat de franchise ou assimilé (affiliation, coopérative, licence de marque, concession, etc...). Souvent confondue – avec malice par les enseignes – à un état du marché local, l'étude d'implantation est une prestation d'étude marketing dont le bon usage comporte une véritable valeur ajoutée et un élément clé de différenciation pour le réseau.

■ Du bon usage de l'étude d'implantation

Une étude d'implantation est une prestation d'étude de marché dont l'objectif est la rédaction d'un dossier d'analyse d'une implantation d'un point de vente (magasin, restaurant, agence, unité commerciale, etc.) avec prévision d'un niveau d'activités (chiffre d'affaires, fréquentation, nombre de clients, produits vendus, etc.). Cette prestation s'inscrit dans le cadre de toute décision d'ouverture, de création, de cession ou de reprise d'un commerce (produits et/ou services). Qu'il soit en commerce concédé (franchise, affiliation, etc.) ou dans le cadre de ses magasins en propre.

■ Un investissement, pas un coût

Tout d'abord, il en est de l'étude d'implantation comme de nombreuses autres prestations d'études marketing, c'est un investissement avant d'être un coût ou une charge pure. Par analogie, il faut comparer l'étude d'implantation aux études de sol avant de construire sur un terrain, à la prise d'informations auprès de guides avant de s'aventurer en haute montagne ou à la lecture des bulletins météo avant d'affronter la mer avec un voilier sans boussole, ni compas. Ce n'est pas qu'une démarche de prudence, c'est un acte fondateur majeur du projet de création d'entreprise ou d'établissement commercial. L'étude d'implantation, quand elle est bien faite, contient tout un ensemble d'éléments qui viennent renforcer votre conviction et vos propres éléments d'analyses, tout en chiffrant et apportant de l'objectivité à vos process de décision. L'étude d'implantation sera un des seuls repères objectifs et synthétiques qu'il vous restera pour mesurer les efforts à faire pour atteindre vos prévisions de

chiffres d'affaires et organiser vos opérations commerciales locales en fonction de 4 facteurs :

- . la taille du marché,
- . la concurrence,
- . la nature de la clientèle,
- . la situation d'implantation de votre local.

Enfin, élément incontournable de votre dossier de création d'entreprise, l'étude d'implantation est un document qui vous permet d'emporter la bonne décision en Comité de Direction et devient une pièce indispensable dans la recherche de financements. Les banques imposent systématiquement la présentation d'une VRAIE étude de marché et les fonds d'investissement créditeront plus favorablement la valeur du réseau que des études d'implantation auront été menées dans l'ouverture des récentes unités. Le faible coût de réalisation d'une étude de marché est à mettre en perspective de toute une chaîne de valeur additionnelle pour le point de vente et le réseau.

■ L'enjeu d'une étude et les grandes étapes

Il est principalement question de réduction du doute quand on fait réaliser une étude d'implantation. Bien entendu, l'étude doit comporter une approche sérieuse, structurée, argumentée, objectivée et claire du calcul du chiffre d'affaires potentiel, mais elle doit surtout apporter une recommandation sans ambiguïté à l'aide un état des lieux complet à l'aide d'outils d'études techniques (géomarketing, comptages, interviews de commerçants et clients, usage de grilles d'analyses à échelle de notation, etc.).

Elle comporte 4 étapes principales qui se déclinent en 12 points intermédiaires !

■ Les 4 étapes principales

Quels que soient les titres du sommaire de votre étude de marché, vous devez retrouver dans le contenu méthodologique ces 4 étapes :

- . Observations sur le terrain
- . Analyse de l'offre
- . Analyse de la demande
- . Détermination du chiffre d'affaires.

Toutes ces phases doivent être détaillées dans un devis clair qui vous permet de savoir si un(e) chargé(e) d'études – dont on vous décrira l'expérience - réalisera lui-même chacune des parties, combien de temps (heures et/ou jours) sont alloués à chaque partie, les méthodes qui seront mises en œuvre pour collecter les données et calculer le CA, ainsi que les process internes de contrôle et de validation du Cabinet d'études pour s'assurer de l'exactitude des données, calculs et recommandations. Si vous réalisez les études de marché en interne, vous devez mettre en place un guide méthodologique vous assurant du respect des bonnes pratiques en matière d'études pour vous prémunir d'un manque d'objectivité (positif ou négatif) dans la réalisation de l'étude et dans le calcul du CA.

■ Première étape : Observations sur le terrain

Le chargé d'études ou la personne qui la réalise aura préalablement préparé son terrain depuis son bureau en préparant un plan de visite à partir de l'observation de la zone d'implantation (centre-ville, galerie marchande, centre commercial, zone d'activités, retail park, site solo, etc.) et de la collecte d'informations sur internet et dans les bases de données internes qu'un bon cabinet d'études doit avoir mis en place. Il faut tabler généralement sur une journée sur place, voire arriver la veille dans l'après-midi et repartir le lendemain soir après la fermeture des magasins.

Point N°1 : visiter le secteur et le futur local.

Le repérage est certainement un des sujets qui prête le plus à sourire dans la méthodologie d'étude d'implantation. C'est pourtant un élément clé ! La préparation du terrain depuis votre bureau ne vous apportera que 50% des réponses. C'est ce tour du secteur d'implantation qui vous apportera le reste. Vous découvrirez par exemple des concurrents qui n'apparaissaient pas sur les Pages Jaunes ou dans vos bases, des concurrents qui ont disparu, des panneaux de promoteurs prévoyant des projets d'agrandissement, des débuts de travaux de voirie non répertoriés qui vont impacter les sens de circulation, des changements d'enseignes ou de propriétaires, etc.

Point N°2 : recenser et qualifier l'offre

Indépendants ou magasins de chaîne et de réseaux, les concurrents directs et indirects doivent être TOUS visités, leur offre (prix, quantité, état général du magasin, superficie, équipe de vente, etc.) doit être consciencieusement répertoriée,

une évaluation comparative de chaque point de vente devra permettre de les benchmarker et de positionner votre futur point de vente sur la même grille d'analyse.

Point N°3 : comptage chez les concurrents

Un comptage de fréquentation, d'occupation, de visite, de remplissage, ... devra être établi chez les concurrents pour permettre la mesure objective de leur activité. Il existe différentes méthodes dont le choix devra vous être préalablement exposé par votre prestataire ou chargé d'études.

L'observation sur le terrain est donc une étape fondatrice de la recommandation d'étude. Attention cependant à ce qu'elle ne conditionne pas l'intégralité de votre décision. Développer un commerce est une affaire d'hommes et de femmes, de gens du terrain ! La loi du terrain existe, mais ce n'est pas la seule... Donc, étape incontournable : OUI. Etape principale et quasi unique : NON. Il faut la faire cohabiter avec la loi des chiffres et statistiques, la loi du géomarketing, la loi des bases de données, ...

■ Deuxième étape : Analyse de l'offre

Point N°4 : recherche des chiffres d'affaires officiels.

Le niveau d'activité réel de votre secteur d'implantation peut être estimé grâce à la récupération ou reconstruction des chiffres d'affaires de vos concurrents directs ou indirects. Bien entendu, une visite sur infogreffe.fr ou societe.com s'impose. Mais quid des bilans non déposés ? Des sociétés nouvellement créées ? Des succursales qui remontent leur activité dans les bilans consolidés des groupes ? Et la part de CA non déclaré dans le bilan ? Là aussi, il existe des techniques éprouvées pour s'assurer de l'exactitude des chiffres dits officiels et pour reconstruire les CA non disponibles. Consolidation par les comptages. Entretien avec les commerçants eux-mêmes sur leur activité. Entretien avec les concurrents. Rencontres avec les agents immobiliers. Rencontres avec les CCI. Etc....

Point N°5 : restitution des commentaires clients

Une fois que vous êtes renseigné(e) sur l'activité de vos futurs concurrents locaux, n'en tirez pas de conclusion trop rapides.

Par exemple, vous constatez que le CA d'un concurrent direct est au-dessus de la moyenne de son

réseau. Vous pourriez donc penser que le secteur d'implantation est florissant. Peut-être. Mais, supposons qu'il ne fasse que récupérer les fruits de la mauvaise gestion et qualité de service des autres commerçants. Intéressez-vous donc à ce que la clientèle raconte sur les magasins qu'elle fréquente. Et ce qu'elle attend. Et ce qu'elle dépense réellement. Il peut être sage de faire réaliser une enquête par questionnaires en option de votre étude. Vous y recueillerez de façon fiable et quantitative des informations sur le comportement commercial de vos futurs consommateurs. Jusqu'à leur niveau et fréquence de dépense. Ils vous diront aussi chez quels concurrents ils vont et ce qu'ils en pensent. Un micro-trottoir vous apportera la même nature d'information. Il existe encore d'autres approches tout aussi fines et plus malines encore.

Point N°6 : évaluation des emplacements :

Avoir un point de vente plus récent que les autres parce que vous visez ce futur secteur sera certainement une force. Mais, vous devez vous comparer aux autres emplacements. Il faut établir une grille d'analyse en 6 à 10 thèmes pour mesurer objectivement la valeur des implantations concurrentes comparées à la vôtre. Ce score doit être intégré au calcul de votre chiffre d'affaires au travers de votre mesure de prise et/ou création de parts de marché. Chaque note attribuée à chaque thème pour chaque concurrent devra être argumentée et objective.

■ Troisième étape : Analyse de la demande

Point N°7 : extraction des données géomarketing.

L'étude devra contenir dans sa démonstration une analyse de l'ensemble de la population présente sur la zone, afin de qualifier l'environnement global d'implantation. Elle devra contenir bien entendu une analyse spécifique des cibles de clientèle (en volume et en valeur) présentes sur le secteur.

L'intégralité des poids de l'équipement commercial, leur nature, leur capacité d'attraction devra être prise en compte.

Point N°8 : réalisation des cartes géomarketing

La délimitation des zones de chalandise est un travail d'expert du géomarketing.

Chaque secteur est spécifique en matière de dynamique commerciale, chaque zone de chalandise

obéit donc à des techniques et des modes de construction spécifiques. Il faut tenir compte des temps d'accès, des capacités d'attraction des autres secteurs commerciaux présents, des fonctionnements de chaque marché (semaine, week-end, midi, soir).

Point N°9 : qualification du potentiel

La clientèle d'une ville, d'une agglomération, ... ne peut pas au même moment fréquenter tous les pôles commerciaux pour la même nature d'achat ! Il convient donc de procéder au calcul de la clientèle potentielle réellement disponible, de son niveau de dépense et de la taille du marché qui en résulte. Là aussi, différentes combinaisons existent dont l'usage dépend des secteurs d'activités étudiés, des données disponibles, des situations de marché locales et de la capacité d'un secteur d'implantation à attirer, maintenir et limiter l'évasion de la clientèle.

■ Quatrième étape : Détermination du CA

Point N°10 : niveau d'activité de la concurrence

Point N°11 : pondération pour le projet

Point N°12 : calcul du chiffre d'affaires

Ces 3 points viennent conclure la réalisation de l'étude de marché d'implantation. Il faut s'attacher dans cette partie à recomposer le panier moyen journalier, puis annuel de la clientèle, le déterminer pour chaque concurrent en fonction de son niveau d'activité. Les différentes analyses préalables de comparaison de votre futur point de vente doivent vous aider à pondérer votre prise/conquête/création de part de marché. Vous établirez ensuite un chiffre d'affaires en fonction du scénario de marché le plus vraisemblable au regard de vos conditions concurrentielles d'implantation. Il y a à votre disposition de nombreuses méthodes de calcul extrêmement fiables.

■ Quelle est la fiabilité des études ?

C'est une prestation réalisée par un professionnel expérimenté. Demandez-lui ses « niveaux de précision » avec ses autres clients. Surveillez la méthodologie, mais ne la remettez pas en cause dès qu'elle « s'oppose » à vos prévisions. Au contraire, enrichissez-vous de cette confrontation.

Laurent KRUCH
Territoires & Marketing
www.territoires-marketing.fr

PRATIQUE : Les mystères de la clause d'« objectif minimum »

Dans tout contrat de distribution, quelle qu'en soit la nature, les parties peuvent insérer une clause d'« objectif minimum » qui consiste à imposer à son débiteur la réalisation d'un objectif, et à prévoir certaines conséquences, variant selon que le résultat a été atteint ou non : cette clause a une vertu incitative à la recherche de la performance.

Ces clauses sont fréquentes dans les contrats internationaux. L'analyse de la jurisprudence, dont il sera ici question, permet d'alimenter la réflexion du praticien – qu'il soit rédacteur d'acte ou opérationnel –, de cerner les améliorations pouvant être apportées à la rédaction des clauses figurant dans les contrats en cours ou, *a fortiori*, d'inciter l'insertion de telles clauses dans les contrats qui n'en comprendraient pas.

Pour avoir les idées claires, et présenter les choses de la manière la plus simple qui soit, sans dénaturer le sens et la portée des nombreuses décisions rendues en la matière, il convient d'organiser notre propos en distinguant les conditions nécessaires à leur mise en œuvre (I) et les conséquences qu'elles sont susceptibles d'engendrer (II). Enfin et surtout, ce rappel conduira à mieux comprendre les principes essentiels issus de la technique contractuelle, qui permettent d'optimiser l'efficacité des clauses d'« objectif minimum » appelées à figurer dans les contrats de distribution (III).

I. Les conditions nécessaires à la mise en œuvre des clauses d'« objectif minimum »

Il convient de distinguer les deux catégories de conditions nécessaires à la mise en œuvre des clauses d'« objectif minimum » : envisageons tout d'abord les conditions de validité, qui s'apprécient lors de la conclusion du contrat, puis les conditions d'applicabilité, qui s'apprécient au moment où les parties entendent en faire application.

Pour ce qui concerne les conditions de validité, la jurisprudence est relativement ancienne : la validité de principe de la clause d'objectif minimum a été admise par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts (Cass. com., 7 déc. 1993 : n° 91-21.711 ; Cass. com., 21 mai 1996 : n° 94-17.452).

La validité d'une telle clause nécessite toutefois la réunion de trois caractéristiques :

- en premier lieu, l'objectif minimum à atteindre inséré dans le contrat doit être prévu par les parties conformément à l'article 1174 du Code civil, selon lequel « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». Autrement dit, il ne peut appartenir à une seule personne de fixer les conditions d'une opération contractuelle.
- en deuxième lieu, les objectifs à atteindre doivent également être « atteignables ». En effet, la validité de ces clauses suppose que les objectifs soient raisonnables (Cass. com., 13 mai 1997, n°95-14.035, Juris-Data n°1997-002082) et appliqués de manière non discriminatoire (Cass. com., 1^{er} févr. 1994, n°92-16.021). La jurisprudence sanctionne les clauses de minimum quand elles apparaissent comme disproportionnées (Cass. com., 13 mai 1997, Juris-Data n°1997-002082). De même, la Cour de cassation dans un arrêt du 29 janvier 2008 a sanctionné la clause d'objectifs au visa de l'article 1112 du Code civil, sur le fondement du vice de violence : la Chambre commerciale a jugé que devait encourir la cassation l'arrêt qui condamne un franchisé à des dommages et intérêts pour non-réalisation des objectifs contractuels, alors qu'aurait dû être recherché, ainsi que cela avait été demandé, si les objectifs commerciaux n'avaient pas été imposés au distributeur exclusif de façon abusive et disproportionnée eu égard à l'importance du territoire concédé (Cass. com., 29 janv. 2008, n°06-20.808, Juris-Data n°2008-042625).
- en troisième lieu, ce résultat minimum à atteindre doit être déterminé de manière objective (Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-15.303 ; Cass. com., 16 déc. 1997, n° 96-14.515 ; Cass. com., 7 févr. 1995, n°93-11.378, Juris-Data n°1995-000177). Ainsi, a-t-il été jugé par exemple qu'un objectif indéterminé ne pourrait donner lieu à sanction dès lors qu'il ne serait pas certain (CA Paris, 20 avril 2000, Juris-Data n°2000-112577).

La réunion de ces conditions de validité ne suffira parfois pas à autoriser la mise en œuvre de telles clauses. En effet, la clause d'« objectif minimum » ne pourra être appliquée dans certaines hypothèses particulières, à savoir notamment lorsque :

- la tête de réseau a empêché la réalisation des objectifs (Cass. com., 9 oct. 2007, pourvoi n°05-14.118),
- les objectifs auraient dû être redéfinis en raison de l'évolution particulière de la conjoncture (CA Paris, 29 mars 2012, Juris-Data n°2012-009002 (solution discutable)),
- le contrat a été renouvelé malgré la non-réalisation des objectifs. La résiliation d'un contrat pour non-réalisation des objectifs de vente peut être injustifiée lorsque le contrat a été renouvelé alors que les objectifs n'avaient pas été atteints (CA Paris, 4 mai 2000, inédit).

II. Les conséquences engendrées par les clauses d'« objectif minimum »

Lorsqu'il est ainsi acquis que la clause d'« objectif minimum » peut s'appliquer, il convient alors d'envisager les deux catégories de conséquences pouvant en résulter ; il s'agit de conséquences « négatives », lorsque la non-atteinte des objectifs est créatrice de droit pour le créancier de l'obligation, et de conséquences « positives », lorsque l'atteinte des objectifs est créatrice de droit pour le débiteur de l'obligation. Plusieurs types de sanctions peuvent être prévus par le contrat pour le cas où l'objectif à réaliser n'a pas été atteint :

- la résiliation anticipée, sanction relativement classique (Cass. com., 16 déc. 1997 : n° 96-14.515 ; Cass. com., 21 mai 1996 : n°94-17.452),
- le non-renouvellement du contrat (un tel dispositif, quoiqu'il se rencontre parfois en pratique, ne constitue pas véritablement, en tant que tel, une sanction, dans la mesure où, dans tout contrat à durée déterminée, les parties disposent du droit (fondamental) de ne pas être contraintes de le renouveler),
- l'octroi de pénalités, généralement égales à un pourcentage de la différence entre l'objectif minimum et le résultat effectivement atteint,
- la perte d'exclusivité ou la réduction du territoire exclusif (v. en ce sens, CJCE 30 avr. 1998, aff. C-230/96, Cabour SA et Nord Distribution Automobile SA c/ Arnor Soco SARL),

- le rachat du distributeur défaillant, entendons :
 - o soit du fonds de commerce,
 - o soit des parts sociales composant le capital social de la société distributrice, ce qui implique, pour le créancier de l'obligation, de bénéficier d'un *call*, prévu dans les statuts de la société ou dans un pacte d'associés.

De même, plusieurs types d'avantages peuvent être conférés au distributeur par le contrat lorsque l'objectif à réaliser a été atteint ; on évoquera notamment :

- l'extension de la zone donnée en exclusivité,
- la réduction de la redevance,
- la prorogation ou le renouvellement automatique du contrat.

III. Le rôle de la technique contractuelle

Le rédacteur d'acte devra veiller au respect des principes ainsi dégagés par la jurisprudence. Surtout, pour permettre à la tête de réseau de disposer d'une grande souplesse dans l'application de la clause, plusieurs réflexes doivent guider la rédaction ; citons trois règles parmi d'autres :

1°) La tête de réseau doit pouvoir disposer du **choix** de la sanction applicable ; il est par exemple souvent inopportun de prévoir que la rupture anticipée du contrat constituera l'unique sanction applicable, celle-ci ayant le plus souvent un impact négatif sur les deux partenaires ; la tête de réseau devra, au contraire, pouvoir mettre en œuvre, à son choix, la sanction la plus adaptée à la situation du moment. La rédaction de la clause doit donc lui permettre d'effectuer un tel choix.

2°) Le contrat doit offrir une certaine **cohérence** ; lorsque le distributeur dispose de la faculté d'ouvrir un grand nombre de points de vente, il sera recommandé de prévoir un plan de développement, auquel sont associés plusieurs catégories de sanctions, distinctes et proportionnées à l'ampleur de l'échec constaté.

3°) Le contrat doit offrir une certaine **efficience** ; il sera recommandé d'assortir les sanctions ainsi envisagées de garanties suffisantes pour en permettre l'application effective.

François-Luc SIMON

Associé-Gérant

Docteur en droit

Membre du Collège des Experts de la FFF

DISTRIBUTION

Cass. com., 26 juin 2012, pourvoi n°11-20.538

Non-concurrence et réseau coopératif

Une société coopérative d'entreprises de transport, constituée en vue de l'exercice en commun de l'activité de transport routier par benne, avait notamment eu quatre sociétés membres, qui avaient été exclues par une décision de l'assemblée générale ordinaire, pour diverses infractions aux statuts et au règlement intérieur (RI) de la coopérative. Les sociétés exclues avaient réclamé en référé à la société coopérative une provision sur les sommes qui leur étaient dues au titre d'opérations de transport effectuées. De son côté, la société coopérative leur reprochait d'avoir constitué entre elles une société détournant sa clientèle, les avait également assignées en référé pour qu'il leur soit fait interdiction, d'une part, de commettre des actes de concurrence déloyale à son égard en entretenant la confusion entre les deux entreprises et, d'autre part, de violer la clause de non-concurrence figurant dans ses statuts et son RI, interdisant à tout adhérent d'exercer une activité de transport pendant une durée de trois ans et dans un périmètre géographique donné, avec l'un des clients de la coopérative.

Par un arrêt rendu le 15 février 2011, la Cour d'appel de Rennes avait ordonné sous astreinte aux sociétés ainsi exclues de cesser de concurrencer la société coopérative, directement ou indirectement, auprès de ses clients. La Cour d'appel de Rennes avait motivé une telle décision en retenant que, pour contester le caractère manifestement illicite du trouble ainsi causé à la société coopérative, les sociétés exclues du réseau contestaient la validité de l'obligation de non-concurrence édictée par le RI, en faisant valoir qu'elle instituait des restrictions disproportionnées au principe de la liberté d'entreprendre, au regard des intérêts de la coopérative qui n'était pas propriétaire d'un seul fonds de commerce et se bornait à exploiter une agence commune ; après avoir rappelé qu'il appartenait au juge des référés de déterminer si la licéité de cette clause était manifeste, le juge du fond avait indiqué que, selon ses statuts, la société coopérative a pour objet social le développement des activités de transport de ses membres, ce qui inclut notamment la prise de commandes et de marchés auprès de tous clients, ainsi que l'exercice en commun de ces activités conformément au texte en vigueur, selon lequel les entreprises de trans-

port peuvent former des sociétés coopératives en vue de constituer, pour l'exploitation de tout ou partie de leurs fonds de commerce, une agence commune traitant avec la clientèle ; que c'était dès lors sans contrevenir aux statuts et aux dispositions réglementaires applicables aux sociétés coopératives de transports routiers, que l'article 17 du RI prévoyait que la clientèle créée par la coopérative et dont elle satisfaisait les besoins était distincte de celle de ses membres qui ne pouvaient donc la revendiquer, puisque la coopérative se l'était attachée grâce à ses efforts et à la qualité de son service ; qu'il n'y avait par conséquent pas de raisons plausibles de douter que l'obligation de non-concurrence pesant sur les anciens membres de la coopérative, limitée dans le temps, dans l'espace et à la seule clientèle des transports par benne existante au moment du retrait, n'était pas proportionnée aux intérêts de la coopérative de préserver la clientèle développée grâce à ses efforts, de l'activité concurrentielle d'entreprises susceptibles de tirer profit des relations nouées avec ces clients, en leur qualité d'anciens coopérateurs.

Pour voir l'arrêt confirmatif infirmé, le pourvoi formé faisait valoir qu'une « *clause de non-concurrence qui interdit à l'adhérent d'une coopérative de transport, mettant en commun des moyens et des services, toute activité de transport, pendant une durée de trois ans et dans un périmètre géographique donné, avec l'un des clients de la coopérative, est disproportionnée par rapport à l'objet de celle-ci et au regard de la protection de ses intérêts légitimes* » et qu'en l'espèce, la cour de Rennes avait donc violé l'article 873 du CPC.

La Cour de cassation rejette le pourvoi : « *qu'ayant relevé que l'obligation de non-concurrence pesant sur les anciens membres de la coopérative est limitée à trois ans, à la région administrative de son siège social et à la clientèle des transports par benne existant au moment du retrait, la cour d'appel a pu en déduire qu'en ce qu'elle préservait la clientèle développée par la coopérative de l'activité concurrentielle d'entreprises susceptibles de tirer profit des relations nouées avec ces clients en leur qualité d'anciens coopérateurs, cette clause était proportionnée aux intérêts légitimes de la coopérative au regard de son objet* ».

Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n°11-19.047
Comptes prévisionnels et nullité du contrat de franchise

Par un arrêt récent, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que le caractère gravement erroné de comptes prévisionnels peut entraîner la nullité du contrat de franchise.

L'attendu qui retiendra l'attention est formulé on ne peut plus clairement : « *Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant retenu que les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés par la société Chrysalide, à laquelle il n'est reproché aucune faute de gestion, et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche que ces appréciations souveraines rendaient inopérantes, et qui a fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués, a caractérisé le vice du consentement qu'elle a retenu pour prononcer l'annulation du contrat* ».

Cette formulation a le mérite de reprendre les différentes conditions dont la réunion est nécessaire pour engager la responsabilité du franchiseur.

La **première condition** va de soi : les comptes prévisionnels doivent avoir été établis par le franchiseur lui-même, ce qui exclut toute responsabilité lorsqu'il n'en est pas l'auteur (CA Paris, 1^{er} févr. 2006, Juris-Data n°309721). Il appartient au franchisé d'établir la preuve que les comptes litigieux ont bien été établis par le franchiseur.

A ce titre, la responsabilité du franchiseur ne saurait être mise en cause lorsque celui-ci s'est simplement engagé, au titre de l'assistance, à aider le franchisé dans l'établissement de ses comptes prévisionnels, et à établir en collaboration avec lui une étude de marché (CA Paris, 31 janv. 2002, Juris-Data n°170815), le franchisé restant alors tenu, en sa qualité de commerçant indépendant, d'établir ses propres comptes d'exploitation prévisionnels (CA Douai, 5 déc. 1991, Juris-Data n°052153).

Cette condition n'a évidemment pas échappé à la Cour suprême, qui indique précisément que « *les chiffres prévisionnels contenus dans ce document* » avaient été « *fournis par le franchiseur* ».

La **deuxième condition** est bien plus subjective : les comptes prévisionnels doivent avoir été « *manifestement irréalistes* » (Trib. com. Paris, 15 avr. 1996, Juris-Data n°042056) ou « *exagérément optimistes* », pour reprendre l'expression retenue en l'espèce dans la décision commentée.

Mais, entendons nous bien. Le seul caractère erroné des comptes prévisionnels ne saurait suffire à constituer une faute du franchiseur, dès lors que l'exercice d'une activité commerciale est par essence sujette à des aléas (CA Paris, 31 janv. 2002, Juris-Data n°170815 ; CA Paris, 12 nov. 1997, Juris-Data n°023531). C'est pourquoi la jurisprudence considère traditionnellement que le franchiseur n'est pas tenu, sauf stipulation contraire expresse, à une obligation de résultat (CA Paris, 31 janv. 2002, Juris-Data n°170815 ; CA Versailles, 4 juill. 1996, Juris-Data n°043384 ; CA Douai, 5 déc. 1991, Juris-Data n°052153). Sa responsabilité ne peut donc être retenue lorsque l'écart excessif entre les résultats prévus et ceux effectivement atteints s'explique notamment par des considérations extrinsèques survenues postérieurement à l'étude prévisionnelle (CA Paris, 18 déc. 1998, Juris-Data n°024288) ou par la faute du franchisé lui-même. Cette précision n'a pas davantage échappé à la Cour suprême, soulignant qu'il n'était en l'espèce « *reproché aucune faute de gestion* » au franchisé.

En tout état de cause, la charge de la preuve du caractère « grossièrement erroné » des prévisions établies par le franchiseur pèse sur le franchisé et lui seul (CA Paris, 19 avr. 2000, Juris-Data n°132228).

La **troisième condition** a également toute son importance : dans tous les cas, l'erreur grossière du franchiseur doit avoir effectivement vicié le consentement du franchisé. La jurisprudence est tout aussi constante sur cette condition et écarte en conséquence la responsabilité du franchiseur lorsqu'il apparaît que le franchisé était apte à apprécier le caractère réaliste des documents prévisionnels (CA Versailles, 4 juill. 1996, Juris-Data n°043384). Rappelons aussi que les qualités du franchisé s'apprécient *in concreto*. A ce titre, la Cour de cassation souligne encore que la cour d'appel avait « *caractérisé le vice du consentement* », de sorte que cette ultime condition était bien vérifiée en l'espèce.

Cass. com., 30 mai 2012, pourvoi n°11-13.653

Tacite reconduction et survivance de la clause de non-réaffiliation

Sauf disposition contraire, la tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée (Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi n°08-14.481 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 2008, n°06-12.349 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-21.366 ; Cass. com., 6 févr. 2001: RJDA 2001, n° 725 ; Cass. com., 11 févr. 1997 : Bull. civ., n°46).

Ce nouveau contrat (à durée indéterminée) auquel il est ainsi donné naissance ne comporte pas nécessairement les mêmes clauses que le contrat (à durée déterminée) initial (Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n°08-14.481 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n°02-21.366).

Au fil du temps, la jurisprudence a plusieurs fois rappelé cette solution (V. sur la question, Ph. Juris-classeur, Contrats - Distribution, Fasc. 70, Durée dans les contrats, spéc. n°235) en retenant, par exemple, qu'une promesse de vente (Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ. IV n°257) ou qu'une clause de préférence (Civ. 3^{ème}, 21 déc. 1988, RTDC 1990.464, obs. J. Mestre ; CA Douai, 10 janvier 2011, n°09/08567) figurant dans un contrat à durée déterminée avait disparu du nouveau contrat,

de durée indéterminée, issu de la tacite reconduction du premier.

La décision commentée conduit à s'interroger sur cette évolution : en l'espèce, une partie sollicitait l'application d'une clause de non-réaffiliation figurant dans le contrat initial, tacitement reconduit.

Une clause de non-réaffiliation insérée dans un contrat de franchise avait été jugée comme non-applicable en période de tacite reconduction (CA Versailles, 17 mars 2011, inédit, RG n°09/09953).

La Chambre commerciale (Cass. com., 30 mai 2012, pourvoi n°11-18.779) retient qu'il appartenait aux juges du fond de rechercher si les parties avaient eu (ou non) la commune intention, lors de la tacite reconduction du contrat initial, de renouveler la clause litigieuse.

Qu'on se le dise. Le contrat reconduit ne doit pas être présumé identique au contrat initial et il convient pour connaître son contenu de rechercher la commune intention des parties.

Et, il faut bien le dire, cette recherche n'est pas toujours aisée en pratique.

CA Versailles, 16 mai 2012, R.G. n°11/04540

Descente de l'enseigne en référé pour non paiement des redevances de franchise

La saisine du juge des référés permet d'obtenir des solutions rapides, en présence d'une situation urgente ou d'un trouble manifestement illicite.

En l'espèce, un franchisé n'avait pas acquitté ses redevances de franchise. Il ressortait en effet des pièces produites par le franchiseur, que les redevances de franchise et de publicité dues n'avaient pas été réglées pendant cinq mois, pour un montant de 40.000 € environ.

Compte tenu du défaut de règlement dans le délai contractuel, le franchiseur invoquait l'acquisition de plein droit de la clause résolutoire figurant à son contrat de franchise et sollicitait en conséquence la descente de l'enseigne, tout en soulignant qu'une telle demande ne pouvait se heurter à une « contestation sérieuse » au sens de l'article 873 du CPC, vu le défaut de discussion quant au montant des sommes dues, pas même contestées il est vrai en l'espèce par le franchisé.

A juste titre, l'arrêt rendu le 16 mai 2012 par la Cour d'appel de Versailles confirme l'ordonnance de référé rendue par les premiers juges en ce qu'elle avait ordonné au franchisé de cesser toute utilisation de la marque.

Cette solution doit être approuvée pour deux raisons. En premier lieu, il ne fait aucun doute que le défaut de paiement par le franchisé de ses redevances de franchise et de publicité constitue une obligation essentielle de son contrat ; de ce fait, et sous réserve du respect par le franchiseur des règles de forme prévues par le contrat (qui impose généralement l'envoi préalable d'une mise en demeure) et de la persistance du franchisé à ne pas régler les sommes dues, la résiliation du contrat est justifiée. En second lieu, le franchisé ne peut utiliser les signes distinctifs de l'enseigne lorsque – précisément – le contrat se trouve résilié (v. déjà en ce sens, CA Paris, 18 mars 2011, RG n°10/12635, inédit (statuant en référé)).

CONCURRENCE ET PRATIQUES COMMERCIALES

Positions de la DGCCRF concernant la notion de déséquilibre significatif

Fiche pratique DGCCRF, 14 juin 2012

L'article L.442-6, I, 2° du code de commerce prévoit, l'interdiction « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* », appliquant ainsi la notion de clause abusive aux rapports entre professionnels. La notion de « déséquilibre significatif » étant encore récente (puisqu'introduite par la loi de modernisation de l'économie en 2008), la DGCCRF a établi une fiche pratique, destinée à guider les entreprises dans leurs rapports avec leurs partenaires commerciaux, soit pour éviter d'entrer dans le champ d'application de l'interdiction, soit pour identifier qu'elles sont victimes d'un tel déséquilibre. Les éléments ainsi fournis par la DGCCRF sont donnés à titre d'information ; ils ne sont pas exhaustifs et ne sauraient se substituer à la réglementation applicable.

La DGCCRF cite ensuite, à titre indicatif, divers exemples de clauses susceptibles d'être abusives :

- tout d'abord, sont citées des clauses traitant du manquement d'un contractant à ses obligations (ex : le distributeur n'assume plus les risques de méventes ; le distributeur peut retourner au fournisseur des produits dégradés par la clientèle du distributeur),
- ensuite, la DGCCRF vise les clauses imposant systématiquement des obligations unilatérales (ex : la possibilité pour l'acheteur d'obtenir des baisses de tarif de la part de son fournisseur en interdisant parallèlement les hausses de tarifs, l'application de pénalités excessives, systématiques et unilatérales ; les modalités de règlement abusives et non réciproques).

ADLC, 6 avril 2012, Décision n°12-D-11

Restructuration de réseau et Position dominante

L'Autorité de la concurrence a rendu une décision remarquable concernant la saisine d'une société, fabricante de serviettes industrielles, qui s'estimait victime de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un concurrent, au motif que les pratiques objets de la saisine avaient entraîné son élimination du marché.

A cette occasion, l'Autorité de la concurrence (Décision commentée, §. 85) souligne « *qu'une entreprise en position dominante est libre de modifier sa politique commerciale, même s'il peut en résulter des conséquences dommageables pour ses partenaires contractuels* ».

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence (Décision commentée, §. 88) retient : « *(la société M) qui fabrique elle-même des serviettes industrielles réutilisables et qui offre, par ailleurs, des services de location de ces produits aux entreprises clientes peut souhaiter ne plus s'approvisionner auprès de son concurrent (la société R) pour des raisons de coûts et de considérations liées à la rationalisation de son mode d'approvisionnement dans le cadre d'une intégration verticale* ».

Une telle approche n'est pas nouvelle. Ainsi que le rappelle l'Autorité de la concurrence, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de retenir que :

- le fait pour un fabricant de modifier sa politique commerciale ne suffit pas à établir l'existence d'un abus du seul fait qu'elle engendre un manque à gagner pour ses distributeurs (v. déjà, Décision n° 03-D-20 du 18 avril 2003) ;
- le fait pour une entreprise de modifier son système de distribution en décidant de vendre de manière directe aux clients finaux et en écartant pour ce faire les intermédiaires du marché ne suffit pas à établir l'existence d'un abus (v. déjà, Décision n° 03-D-14 du 11 mars 2003) ;
- le fait pour une entreprise de modifier la structure de son réseau sans que ses contractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation ne suffit pas à établir l'existence d'un abus (v. déjà, Décision n° 02-D-56 du 17 décembre 2002).

Cass. com., 14 févr. 2012, pourvoi n°10-19.330
Droit de la publicité et promotion des ventes

On le sait, l'article L. 121-1 du Code de la consommation énonce les hypothèses dans lesquelles une pratique commerciale est trompeuse.

Selon le II de ce texte :

« une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ».

Sous le vocable « d'information substantielle », on retrouve notamment les caractéristiques principales du bien ou du service, ou encore le prix TTC.

Dans l'espèce commentée, étaient au cœur du litige les agissements d'une société allemande commercialisant des meubles de cuisine dans différents points de vente en France et y faisant distribuer des tracts publicitaires.

Le Syndicat national de l'équipement de la cuisine (le SNEC) assigne ladite société en justice afin de faire constater que ces documents publicitaires ne respectent pas la réglementation française et d'ordonner en conséquence la cessation de leur diffusion en France.

Lesdits tracts publicitaires étaient considérés litigieux dès lors qu'ils démontraient une absence de clarté portant sur les caractéristiques principales et le prix final du produit, privant ainsi le consommateur d'une information substantielle dont il aurait besoin pour prendre en l'état une décision commerciale.

Ainsi, à titre d'exemple, les documents publicitaires en cause n'énuméraient pas les objets livrés pour le prix ou encore ne mentionnaient pas les matières, essences ou matériaux composant les meubles de cuisine.

La Cour d'appel de Colmar, le 27 octobre 2009, avait donné raison au Syndicat, condamnant ainsi la société allemande à la cessation de la diffusion des documents publicitaires non conformes au principe de clarté de la publicité.

Pour motiver cette décision, la Cour avait retenu que de tels documents constituaient un trouble manifestement illicite, au regard du décret du 14 mars 1986 et de la directive européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

Cette directive répute trompeuses certaines omissions lorsqu'elles portent sur les caractéristiques principales du produit et sur le prix final et condamne les imprécisions et les ambiguïtés dans les tracts publicitaires.

En l'espèce, l'article 4 du décret de 1986 selon lequel *« Si le prix de vente mentionné sur l'étiquette ou sur les documents commerciaux ou publicitaires couvre un ensemble d'objets d'ameublement pouvant être vendus séparément, il doit être complété par la désignation et le prix de chacun des objets composant cet ensemble »*, en conformité avec la directive européenne, imposait de donner un prix à un lave-vaisselle pouvant être inséré dans les ensembles de cuisine présentés sur les tracts au lieu d'une information énonçant *« un faible supplément au prix indiqué »*.

La société défenderesse avait formé un pourvoi en cassation, faisant valoir que :

- le décret du 14 mars 1986 n'était pas applicable à la situation en cause dès lors que les cuisines ne devaient pas être considérées comme objets d'ameublement ;
- que l'absence de précisions des produits sur les publicités ne constituait pas un trouble manifestement illicite et ne devait pas être le seul élément à prendre en compte pour interdire la diffusion d'une telle publicité, considérée comme pratique commerciale déloyale.

La Chambre commerciale rejette le pourvoi ainsi formé contre l'arrêt rendu le 27 octobre 2009 par la Cour d'appel de Colmar.

Autrement dit, toute société faisant la publicité d'un produit est dans l'obligation de préciser les caractéristiques principales du produit et le prix des produits présentés dans les tracts publicitaires diffusés, sous peine de voir la publicité qualifiée de trompeuse et de se voir interdire sa diffusion sur le marché français.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

CA Paris, 20 juin 2012, RG n°10/19925

Caractères distinctif et trompeur d'un signe

La marque doit répondre à certaines conditions pour être valable : le signe doit être distinctif et ne peut consister en la désignation nécessaire, générique, usuel du produit ou servir à désigner une caractéristique notamment l'espèce, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de production. Les signes doivent donc présenter un caractère arbitraire par rapport aux produits et services qu'ils désignent, les signes simplement « évocateurs » restent pour leur part protégeables.

En outre, ne peut être adopté comme marque un signe de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou service, sont donc exclus les signes trompeurs.

Dans cette affaire, les marques étaient contestées sur le fondement de l'absence de caractère distinctif et sur celui de leur caractère prétendument trompeur. Ces deux griefs sont rejetés et la Cour considère que les marques sont valables.

Il s'agissait en l'espèce de deux marques figuratives « Confi'Pure » et « Hero Confi'Pure Fraise » déposées pour désigner notamment des gelées, confitures, marmelades.

En premier lieu, la Cour considère que le terme « pure » ne confère pas un caractère déceptif aux motifs que le néologisme « Confi'Pure », s'il doit être considéré comme fortement évocateur des produits qu'il désigne, n'a pas pour effet de souligner la prétendue pureté du produit mais de conférer au signe un caractère arbitraire, caractère renforcé par les éléments figuratifs qui l'accompagne dans chacune des marques. En deuxième lieu, la Cour exclut tout caractère trompeur aux motifs que le consommateur normalement informé et raisonnablement attentif n'ignore pas que la confiture est composée de fruits et de sucre et que, pour les besoins de sa conservation, une confiture vendue dans le commerce ne contient aucune bactérie tant qu'elle n'est pas ouverte ; le consommateur n'est donc pas trompé sur la qualité du produit, par les signes contestés.

CA Paris, 15 juin 2012, RG n°11/10236

Enjeux pratiques et formalités

Selon l'article L.712-1 du code de la propriété intellectuelle : « *La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. (...) L'enregistrement produit ses effets pour une durée de dix ans indéfiniment renouvelable* ». A l'expiration de cette durée, le titulaire de la marque qui souhaite maintenir ses droits doit donc la renouveler à défaut de quoi, il perd son droit privatif. En l'espèce, une société avait procédé en 1997 au dépôt d'une marque qu'elle ne renouvela pas à échéance. S'apercevant de cet oubli, elle procéda à un nouveau dépôt en 2008 ce qui laissait donc une période de plusieurs mois durant laquelle le signe ne faisait pas l'objet d'une protection en tant que marque. Cet oubli ne fut pas sans conséquences comme l'illustre la décision commentée. En effet, dans le cadre de l'action en contrefaçon qu'elle engagea à l'encontre d'une autre société, cette dernière se prévalait du fait que les actes critiqués avaient eu lieu antérieurement au dépôt de la seconde marque puis après la

date d'expiration de la première marque déposée. Une autre difficulté résidait dans le fait que l'action avait débuté avant même la publication de l'enregistrement effectif de la marque. Cette situation est envisagée par le code de la propriété intellectuelle qui permet à celui qui a déposé une demande d'enregistrement, laquelle fait l'objet d'une publication, de poursuivre un tiers pour des faits postérieurs, à condition toutefois qu'il notifie la demande d'enregistrement. Dans ce cas, le tribunal sursoit à statuer jusqu'à l'enregistrement définitif. Or, la mise en demeure préalablement faite à la société poursuivie ne contenait pas ladite notification et, dans le cadre de la procédure judiciaire, la demanderesse ne produisait pas la justification de la publication de l'enregistrement, condition de recevabilité de l'action. Pour cette raison, la Cour invite les parties à fournir les pièces justifiant de la recevabilité de l'action. On le voit, il est essentiel de s'assurer de la continuité de ses droits.

Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n°11-21.723

Du bon usage de la marque pour échapper à la déchéance de ses droits

Lorsqu'une marque n'est pas exploitée pendant une durée de cinq années, son titulaire est exposé à une demande en déchéance des droits s'il ne peut justifier un usage sérieux (article L.714-5 du code de la propriété intellectuelle). Dans cette affaire, une société engagea une action en déchéance à l'encontre d'une marque au motif d'un défaut d'exploitation sérieuse, afin de sécuriser le dépôt qu'elle avait fait sur un signe similaire.

Pour échapper à la déchéance demandée, la défenderesse tentait de justifier d'un usage sérieux sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif, dont on sait qu'il peut constituer l'usage sérieux permettant le maintien des droits. A cette fin, elle se prévalait en réalité de l'usage d'une autre marque dont elle disposait. Les juges du fond n'ont pas retenu l'argumentation et ont prononcé la déchéance de la marque attaquée. La solution était en réalité peu surprenante et reprenait la jurisprudence selon laquelle, lorsque deux marques voisines ont été déposées, l'exploitation de l'une ne peut établir l'usage de l'autre permettant d'éviter la déchéance des droits.

La Cour de cassation approuve l'arrêt attaqué aux motifs que « ... le titulaire d'une marque ne peut se soustraire à l'obligation qui lui incombe de faire usage de cette marque en invoquant à son bénéfice l'utilisation d'une marque similaire faisant l'objet d'un enregistrement distinct... ». Elle approuve donc les juges d'avoir considéré que la société titulaire de la marque attaquée en déchéance ne pouvait, pour sauver cette marque, se fonder sur l'usage d'une autre marque déposée. Du fait de ces multiples dépôts, il ne pouvait s'agir d'un usage sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif.

L'usage doit concerner le signe tel que déposé. Aussi, en déposant plusieurs marques proches mais pas identiques tout en n'exploitant que l'une d'elles, leur titulaire ne peut sauver la marque qui n'est pas exploitée en se prévalant de l'usage des autres. La solution est logique car, en déposant plusieurs signes, il les a distingués. Attention donc aux dépôts multiples sur des déclinaisons de signes sauf à tous les utiliser, l'usage d'un seul d'entre eux ne garantit pas le maintien de tous les droits.

Cass. com., 30 mai 2012, pourvoi n°11-20.724

Marque de position

Les marques de position (celles qui se caractérisent par leur emplacement spécifique sur un produit) n'ont pas bonne presse auprès des juridictions et des offices comme en témoigne cet arrêt, relative au chausseur à semelles rouges qui s'était déjà heurté à la sévérité des juridictions américaines dans le cadre d'un litige l'opposant à un célèbre couturier français. Cette affaire opposait le chausseur de luxe à une société de prêt-à-porter en raison de la commercialisation de chaussures à semelles rouges. Il engagea alors une action en contrefaçon de la marque dont il était titulaire représentant la fameuse semelle de chaussure de couleur rouge. De façon fort classique, la défenderesse sollicitait, en défense, la nullité de la marque ; elle arguait à cette fin l'absence de caractère distinctif de la marque et l'absence de représentation graphique claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective.

Suivant cette argumentation, la cour d'appel déclara l'action en contrefaçon irrecevable après avoir prononcé la nullité de la marque.

La Cour de cassation approuve l'analyse des juges du fond selon laquelle ni la forme ni la couleur du signe déposé (une semelle rouge) ne faisaient l'objet d'une représentation graphique précise permettant d'être représentée visuellement. On sait en effet que la marque est un signe susceptible de représentation graphique afin de permettre aux tiers de déterminer, avec précision, le domaine réservé, cette représentation doit présenter certaines qualités. En l'espèce, les juges ont considéré que la couleur n'était pas définie avec une référence permettant de l'identifier avec précision ; quant à la forme, elle ne pouvait utilement être représentée en deux dimensions mais aurait dû être présentée sous forme tridimensionnelle pour laisser apparaître la cambrure, l'épaisseur et les autres éléments la caractérisant. En outre, la Cour de cassation approuve également le raisonnement des juges du fond ayant conduit à dénier tout caractère distinctif à la marque et à considérer que la renommée de la marque était moins attachée à la marque elle-même qu'au concept de l'usage systématique d'une semelle de couleur rouge. La marque est annulée et l'action jugée irrecevable.

INTERNATIONAL

FLASH ACTUALITES INTERNATIONALES

Focus sur l'Asie

La Chine prévoit une augmentation des investissements directs étrangers (IDE)

La Chine profite d'un avantage général en matière d'attrait des investissements directs étrangers ; ceux-ci devraient connaître une croissance stable cette année, a indiqué le 10 juillet 2012 le vice-ministre du Commerce Wang Chao.

« *Malgré un environnement complexe, la Chine continue de jouir d'un avantage général relativement fort à moyen et long terme* », a annoncé Wang Chao lors d'une conférence de presse.

Les données du ministère du Commerce montrent que les IDE en Chine ont atteint 47,11 milliards de dollars au cours des cinq premiers mois de l'année, en baisse de 1,91% par rapport à la même période de l'année dernière. Les IDE ont augmenté en mai de 0,05% en glissement annuel pour s'élever à 9,23 milliards de dollars, mettant fin à six mois de baisse.

A ce titre, le vice-ministre du Commerce :

- a qualifié cette légère hausse enregistrée en mai de "signal positif",
- avant d'ajouter : « *le gouvernement chinois a fourni des efforts considérables pour améliorer son environnement d'investissement, et la plupart des compagnies étrangères en Chine sont confiantes dans le marché du pays* ».

Selon Wang Chao, la Chine continuera à s'ouvrir aux investisseurs étrangers, à améliorer ses lois et règlements concernant les investissements étrangers et à simplifier les processus d'approbation.

Chine :

Les investissements directs chinois à l'étranger

Les investissements directs chinois à l'étranger dans le secteur non-financier ont bondi de 40% pour atteindre 28,52 milliards de dollars (USD) sur les cinq premiers mois de l'année 2012.

Cet essor fait l'objet d'une déclaration du ministère du Commerce chinois (MOFCOM) le 26 juin 2012.

De janvier à mai 2012, 39,3% des investissements chinois à l'étranger, soit 11,2 milliards de USD, ont été réalisés sous forme de fusions et acquisitions, a récemment précisé Shen Danyang, porte-parole du ministère, lors d'une conférence de presse.

Sur la même période, les investisseurs chinois ont investi dans 1 709 entreprises de 115 pays et régions.

L'afflux de capitaux chinois à Hong Kong, aux États-Unis et en Union européenne s'est fortement accru, avec une hausse respective de 50,9%, de 45,9% et de 23,6%.

Il apparaît qu'à la fin du mois de mai 2012, le volume cumulé des investissements chinois dans le secteur non-financier à l'étranger s'est élevé à 350,6 milliards de dollars.

Selon le MOFCOM, le chiffre d'affaires des projets achevés à l'étranger a totalisé près de 7,55 milliards de dollars (en mai 2012), soit une augmentation de 1,8%.

Chine : Le système d'examen des opérations de fusions-acquisitions-JV internationales

Le 06 juin 2012, le Ministère du Commerce Chinois a publié un nouveau formulaire révisé à déposer dans le cadre d'une demande d'autorisation d'opération de M&A en Chine.

La mesure est entrée en vigueur le 7 juillet 2012.

Le nouveau formulaire améliore le niveau d'informations ; les documents à fournir au MOFCOM dans le cadre d'un projet de fusion, acquisition ou joint-venture, sont plus nombreux.

La notice d'explication accompagnant le formulaire fournit des clarifications concernant certaines informations et obligations en matière de documents à produire.

La Chine promeut le secteur de la distribution

Le Conseil des Affaires d'Etat chinois a annoncé le 11 juillet 2012 qu'il comptait promouvoir le développement du secteur de la distribution afin d'établir un système de distribution des marchandises moderne, efficace, compétitif et ouvert.

Le processus d'accélération du développement du secteur devrait être centré sur les moyens d'offrir une plus grande commodité au public, de stimuler la consommation, d'assurer la qualité des produits et d'améliorer l'efficacité du secteur, selon un communiqué publié à l'issue d'une réunion du Conseil des Affaires d'Etat, présidée par le Premier ministre chinois Wen Jiabao.

Le secteur de la distribution comprend plusieurs domaines comme la vente en gros, la vente au détail et la logistique.

Selon le communiqué, le pays construira un réseau de distribution majeur, optimisera la structure du secteur dans les régions urbaines et augmentera le nombre de succursales de service dans les régions rurales afin que les produits agricoles et industriels puissent être transportés facilement entre les villes et la campagne. Le gouvernement soutiendra la construction et la rénovation des infrastructures et encouragera la mise en place des outils Internet afin d'améliorer la gestion des entreprises.

En outre, le gouvernement encouragera l'investissement privé dans la distribution et s'efforcera de supprimer le protectionnisme dans ce secteur.

Chine :

Nouvelle réforme relative à la franchise

Le Ministère du Commerce a indiqué qu'il était indispensable de former, dans les cinq prochaines années, des franchiseurs et des marques de forte notoriété disposant d'une grande potentialité, d'une forte capacité de gestion standardisée et d'une méthode d'exploitation crédible et loyale.

Le législateur chinois a renforcé le cadre légal défini en 2007 par deux autres règlements : l'un concerne les « Mesures administratives sur la publication des informations relatives à la franchise commerciale », entré en vigueur le 1^{er} avril 2012 ; l'autre concerne les « Mesures administratives sur l'enregistrement de la franchise commerciale », entré en vigueur le 1^{er} février 2012.

Focus sur l'Europe

Registres centraux du commerce et des sociétés (Directive 2012/17/UE du 13 juin 2012)

Les opérations telles que les fusions transfrontalières ont fait de la coopération quotidienne entre les registres du commerce une nécessité.

La directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux impose aux registres de coopérer au-delà des frontières.

La Directive 2012/17/UE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juin 2012, modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux du commerce et des sociétés a été publiée le 16 juin 2012.

L'article 4 de la Directive indique qu'au plus tard 5 ans après la date limite d'application des dispositions visées à l'article 5 (§2), la Commission publiera un rapport sur le fonctionnement du système d'interconnexion des registres, traitant en particulier de son fonctionnement technique et de ses aspects financiers.

Les États membres adopteront, publieront et appliqueront les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive, au plus tard le 7 juillet 2014.

La Directive 2012/17/UE est entrée en vigueur le 06 juillet 2012.

Focus sur les Etats-Unis

Accord d'échange de marchandises entre l'Union européenne et les Etats-Unis

L'Union Européenne et les Etats-Unis ont signé le 04 mai 2012 un accord de reconnaissance mutuelle des opérateurs agréés des deux continents afin :

- d'améliorer les débouchés commerciaux,
- de fluidifier les mouvements de marchandises,
- et d'optimiser les contrôles douaniers. Il est entré en vigueur le 1er juillet 2012.

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

ACTUALITE

SIMON ASSOCIES SIGNE UN ACCORD DE PARTENARIAT AVEC UN GRAND CABINET D'AFFAIRES CHINOIS

[!\[\]\(0d12326490dcf2fb15b925ccac8d3f27_img.jpg\) Pour en savoir plus](#)

SIMON ASSOCIES RENFORCE SON DEPARTEMENT *FRANCHISE, RESEAUX & DISTRIBUTION*

[!\[\]\(70fe8e9535b25b843243cca42ea05eeb_img.jpg\) Pour en savoir plus](#)

EVENEMENTS

HSBC/SIMON ASSOCIES : VALORISATION DES RESEAUX DE DISTRIBUTION

Organisé par Simon Associés et plusieurs Experts de renom
10 Octobre 2012 - Au siège de HSBC, 110 avenue des Champs Elysées – 75008 PARIS

[!\[\]\(378038420973c474427b09381a3aac1a_img.jpg\) Pour vous inscrire](#)

EFE/SIMON ASSOCIES : FORMATION PRATIQUE FRANCHISE

Dispensée par Maître Sandrine RICHARD
18-19 octobre 2012

[!\[\]\(42fb560a6ded0c2c7863ba8f942bad4a_img.jpg\) Pour vous inscrire](#)

FFF/SIMON ASSOCIES : ATELIER SPECIAL CHINE

Par François-Luc SIMON
Jeudi 29 novembre 2012

A la nouvelle adresse de la Fédération Française de la Franchise, 29 rue de Courcelles – 75008 PARIS

Vous pouvez également consulter à tout moment sur notre site internet www.simonassocies.com
les articles du Département « Distribution, Concurrence, Consommation » de SIMON ASSOCIÉS.

Remerciements à Territoires & Marketing (www.territoires-marketing.fr)
qui a rédigé l'article figurant aux pages 4 à 6.