

Mai - Juin 2010



SIMON ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

PARIS

61 rue de Miromesnil
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

13 rue Bertrand Geslin
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.simonassociés.com



François-Luc SIMON

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

LETTRE DES RESEAUX

SOMMAIRE

LIBRE PROPOS

p.2

Les Nouvelles règles de concurrence communautaire applicables aux réseaux de distribution

I. Les mesures-clé de la réforme : le double seuil de parts de marché et l'encadrement de la vente en ligne

p.4

A. La nécessaire prise en compte de la puissance d'achat de certains

B. L'encadrement de la vente en ligne

p.8

II. Aperçu des autres principales modifications issues de la réforme

p.13

A. L'assouplissement de la position de la Commission européenne à l'égard des restrictions caractérisées

p.13

B. Les modifications relatives à la notion de savoir-faire

p.15

AUTRE ACTUALITE JURIDIQUE

p.17

Autorité de la concurrence, Décision n°10-D-12 du 15 avril 2010

Clause d'approvisionnement exclusif – Validité

p.17

C. Cass., chambre sociale, 19 mai 2010, n°09-42.614 (inédit)

Application de l'article L. 7321-2 du code du travail au franchiseur

p.18

Décret n°2010-235 du 30 avril 2010 relatif aux soldes

p.18

C. Cass., chambre commerciale, 13 avril 2010, n°09-14.386 (inédit)

Référé – Conditions de mise en œuvre – Dénigrement

p.19

C. Cass. Chambre civile 2ème, 10 juin 2010, n°09-69.366 (inédit)

Franchise - Référé – Communication de pièces

p.19

ACTUALITE DU CABINET

p.20

LIBRE PROPOS

Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution

La Commission européenne a publié le 20 avril 2010 le nouveau règlement communautaire applicable aux restrictions verticales¹ qui, remplaçant le règlement communautaire n° 2790/1999² arrivé à expiration le 31 mai 2010, devient donc le texte de référence en la matière.

Bien qu'il concerne spécifiquement le droit de la concurrence communautaire, ce texte était fondamental en matière de distribution ; sa réforme a ainsi fait l'objet de toute l'attention des réseaux de distribution et bien entendu de leurs conseils. En effet, y compris dans l'hypothèse où le règlement ne trouvait pas à s'appliquer (notamment lorsque l'accord concerné n'avait pas d'effet significatif sur le commerce entre Etats membres), il servait de guide d'analyse utile aux autorités et aux juridictions nationales pour apprécier la licéité contestée d'accords ou de clauses applicables³. A n'en pas douter, il en sera de même s'agissant du nouveau règlement et des nouvelles lignes directrices adoptées par la Commission européenne pour son application, publiées environ un mois après la parution du règlement⁴.

Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, pour une durée supérieure à celle du précédent règlement : alors que la durée du règlement n° 2790/1999 était de 10 ans, les nouvelles règles sont applicables jusqu'au 31 mai 2022, soit pendant 12 années. Le règlement prévoit une période de transition, d'autant plus appréciable que la publication du règlement intégrant des modifications par rapport au projet initial, ainsi que celle de ses lignes directrices, sont intervenues très peu de temps avant la date d'entrée en vigueur du nouveau texte⁵, ne permettant pas aux entreprises une adaptation de leurs pratiques avant le 1^{er} juin 2010. Ainsi, les accords et clauses en vigueur qui, tout en étant conformes aux règles issues du règlement n° 2790/1999, ne sont en revanche pas compatibles avec les nouvelles règles posées par le règlement n° 330/2010, seront exemptés jusqu'au 31 mai 2011. Dès lors, les parties disposent d'une année complète pour procéder à la mise en conformité.

¹ Règlement (UE) de la Commission 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 (JOUE L 102 du 23 avril 2010, p.1).

² Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336 du 29 décembre 1999, p.21).

³ V. par exemple les décisions du Conseil de la concurrence n° 00-D-82 du 26 février 2001, n° 02-D-01 du 22 janvier 2002, n° 03-D-60 du 17 décembre 2003 et n° 05-D-18 du 29 avril 2005.

⁴ Communication de la Commission européenne relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/1, JOUE du 19 mai 2010)

⁵ Le règlement n° 330/2010 a été publié le 20 avril, et les lignes directrices le 19 mai 2010.

Au-delà de l'extension de sa durée, le nouveau règlement restrictions verticales voit également son champ d'application étendu. En effet, à l'instar du règlement n° 2790/1999, le règlement automobile n° 1400/2002⁶ arrivait également à expiration le 31 mai 2010, incitant la Commission à prendre position dans ce domaine spécifique. Par le règlement n° 461/2010 du 27 mai 2010⁷, la Commission a prorogé l'application du règlement n° 1400/2002 jusqu'au 31 mai 2013 aux accords relatifs aux véhicules automobiles neufs⁸. A compter de cette date, le règlement n° 330/2010 leur sera applicable⁹. En revanche, les accords relatifs au secteur de l'après-vente automobile (soit les accords portant sur les pièces de rechange et/ou les services d'entretien et de réparation des véhicules automobiles), seront régis à compter du 1^{er} juin 2010 à la fois par le règlement n° 330/2010 et le règlement n° 461/2010, lequel conditionne l'exemption à des conditions complémentaires¹⁰.

Avant toute étude plus approfondie de la réforme, il apparaît utile de procéder à un bref rappel de l'objet du règlement n° 330/2010. Celui-ci est pris en application de l'article 101, paragraphe 3¹¹ du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹², lequel concerne les accords qui peuvent bénéficier d'une exemption, c'est-à-dire ceux qui – même lorsqu'ils entrent dans le champ de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles¹³ – ne seront en principe pas répréhensibles, dès lors que la Commission considère qu'ils ne sont pas susceptibles d'impacter fortement l'état de la concurrence.

La Commission européenne dispose de deux moyens distincts pour appliquer cette exemption. Elle peut soit l'accorder individuellement, après une analyse de l'accord ou de la clause concerné, soit l'accorder généralement à des catégories d'accord dont elle détermine par avance les critères d'exemption. Le règlement n° 330/2010 est pris en application de cette dernière faculté (l'exemption par catégorie), et détermine les conditions qui – si elles sont remplies – exemptent de plein droit l'accord ou la clause de l'application du droit communautaire des ententes.

Il convient désormais d'étudier les nouvelles conditions qui sont posées dans le nouveau règlement, ainsi que dans les lignes directrices, pour que l'accord puisse prétendre bénéficier de l'exemption. Il sera précisé à toutes fins utiles que, bien que les lignes directrices ne bénéficient pas *per se* d'un pouvoir contraignant, celles-ci sont néanmoins en pratique appliquées à la fois par la Commission européenne et par les autorités et juridictions françaises ; elles seront donc analysées parallèlement au règlement¹⁴.

La présente étude s'intéressera en premier lieu aux deux mesures-phares du paquet restrictions verticales, que constituent l'insertion d'un double seuil de parts de marché par le règlement et l'exposé de règles relatives à la vente par Internet dans les lignes directrices (I.), avant d'aborder plus succinctement les autres principales modifications apportées par la réforme (II.).

⁶ Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 203 du 1^{er} août 2002, p.30).

⁷ Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 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 dans le secteur automobile (JOUE L 129 du 28 mai 2010, p.52).

⁸ Les accords visés sont ceux portant sur l'achat, la vente ou la revente de véhicules automobiles neufs (art. 2 du règlement n° 461/2010 précité).

⁹ Art. 3 du règlement n° 461/2010 précité.

¹⁰ Le règlement n° 461/2010 impose, outre le respect des conditions du règlement n° 330/2010, l'absence de certaines restrictions caractérisées prévues en son article 5, spécifiques au secteur de l'après-vente automobile.

¹¹ Anciennement l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (traité de Rome), et ce jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, lequel a notamment procédé à une renumérotation des articles du traité CE, désormais rebaptisé Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

¹² Le règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 36 du 6 mars 1965, p. 533) pose les conditions dans lesquelles la Commission européenne peut prendre de tels règlements d'exemption par catégorie.

¹³ Article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁴ Le Conseil de la concurrence a exposé clairement sa position sur ce point notamment dans une décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008, indiquant que même si les lignes directrices sont dépourvues de caractère contraignant, elles exposent l'interprétation de la Commission sur les textes ainsi que sa pratique décisionnelle, et constituent donc à ce titre un guide d'analyse utile.

I. Les mesures-clé de la réforme : le double seuil de parts de marché et l'encadrement de la vente en ligne

La Commission, dans sa volonté d'adopter une approche de plus en plus économique du droit de la concurrence, a intégré l'existence d'une donnée économique nouvelle : la puissance d'achat de certaines entreprises, en particulier dans le secteur de la grande distribution (A.). Parallèlement, elle a choisi de consacrer un long passage des lignes directrices à l'Internet, et aux possibilités d'encadrer son accès par les membres du réseau, sans pour autant pouvoir l'interdire (B.).

A. La nécessaire prise en compte de la puissance d'achat de certains opérateurs économiques

Les opérateurs économiques français en lien avec la grande distribution, qu'il s'agisse des enseignes de grande distribution elles-mêmes, de leurs prestataires ou encore de leurs fournisseurs, sont désormais familiers des réglementations ayant pour principal objet (plus ou moins avoué) de freiner – ou à tout le moins de contenir – le pouvoir de la grande distribution. On pense ainsi par exemple aux différentes lois intervenues durant ces dernières années telles que la loi dite Dutreil et les circulaires du même nom¹⁵, la loi Chatel¹⁶ et la loi de modernisation de l'économie¹⁷ (notamment pour cette dernière l'abaissement des seuils de contrôle des concentrations pour les entreprises de commerce de détail, et la modification des pratiques restrictives existantes), dont l'efficacité à ce titre est néanmoins souvent demeurée relative.

En revanche, cette dynamique n'avait jusqu'alors eu que peu d'échos au plan communautaire. Un changement s'opère avec le règlement n° 330/2010, dont l'une des mesures phares est la modification des seuils de chiffres d'affaires pris en considération pour permettre à l'accord d'être exempté (1.) ainsi qu'avec les lignes directrices qui visent certaines pratiques de la grande distribution (2.).

1. L'instauration d'un double seuil de parts de marché

a) La prise en compte des chiffres d'affaires par le précédent règlement

Rappelons que sous l'empire du règlement n° 2790/1999, l'exemption pouvait être accordée dès lors que la part de marché du fournisseur était inférieure à 30%. Au-delà de ce seuil, l'accord ne pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie et devait alors faire l'objet d'un examen individuel par la Commission européenne. En revanche, la part de marché de l'acheteur n'était quant à elle jamais prise en compte dans le cadre de la vérification des seuils de parts de marché, sauf dans une hypothèse déterminée : celle d'un accord de fourniture exclusive par lequel le fournisseur s'engageait à ne vendre les biens ou services désignés dans l'accord qu'à un seul acheteur à l'intérieur de l'Union européenne¹⁸.

¹⁵ Circulaire ministérielle du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (JO du 25 mai 2003, p. 8970) ; loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (JO du 3 août 2005, p. 12639) ; circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales (JO du 30 décembre 2005, p.20557).

¹⁶ Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (JO du 4 janvier 2008).

¹⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO du 5 août 2008, p. 12471).

¹⁸ Article 3 du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336 du 29 décembre 1999, p.21).

*Le Nouveau
règlement est
résolument tourné
vers une approche
plus économique.*

*Il intègre donc
logiquement la
montée en puissance
des acheteurs dans
le cadre de son
évaluation des
pratiques
anticoncurrentielles.*

Pourtant, si en 1999 la prise en compte de la part de marché de l'acheteur n'était pas nécessairement justifiée, l'évolution des modes de distribution intervenue durant la dernière décennie rendait le changement inéluctable, afin de prendre en compte l'augmentation substantielle de la puissance d'achat de certains acteurs (notamment dans le secteur de la grande distribution).

b) Le double seuil de 30% de parts de marché

Le règlement n° 330/2010 rompt avec le précédent règlement en prévoyant l'application d'un double seuil de parts de marché afin que l'accord puisse bénéficier de l'exemption : seront désormais prises en compte non seulement la part de marché du fournisseur, mais également celle de l'acheteur, chacun d'entre eux devant détenir moins de 30% de parts de marché pour que l'exemption par catégorie s'applique¹⁹.

La conséquence naturelle de l'instauration de ce double seuil est une réduction mécanique du nombre d'accords qui pourront bénéficier de l'exemption prévue par le règlement.

Au-delà de ce seuil, à l'instar de ce qui était prévu par le précédent règlement, l'accord n'est pas automatiquement considéré comme anticoncurrentiel (contraire à l'article 101, paragraphe 1 du traité) mais il devra nécessairement faire l'objet d'un examen par la Commission européenne pour pouvoir bénéficier d'une exemption individuelle.

c) L'hésitation quant au marché pris en compte pour l'évaluation des parts de marché

Le texte définitif du règlement prévoit que les parts de marché de l'acheteur qu'il convient de prendre en compte pour l'application de l'exemption par catégorie sont celles du marché amont, soit le marché sur lequel il achète les biens ou services en cause. En d'autres termes, la Commission prend ici en compte les parts de marché détenues par l'acheteur sur le marché de l'approvisionnement.

Pourtant, cette formulation – qui sur un plan économique est à notre sens la plus appropriée – ne correspond pas à la première intention de la Commission européenne, laquelle avait à l'origine prévu que le marché sur lequel les parts de marché du distributeur seraient prises en compte, serait le marché aval, c'est-à-dire le marché sur lequel le distributeur vend ses produits ou services²⁰.

Face aux contestations opposées au projet de règlement, et réalisant sans doute que les parts de marché de l'acheteur sur le marché amont lui permettraient d'atteindre le but fixé par cette disposition (prendre en compte la puissance d'achat de certains opérateurs), la Commission a revu sa copie.

Pour que l'accord puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, les parts de marché non seulement du fournisseur mais également de l'acheteur devront être inférieures à 30 %.

La part de marché de l'acheteur est évaluée sur marché de son approvisionnement, et non sur celui de la revente à ses clients finaux.

¹⁹ Article 3 du règlement n° 330/2010 et points 87 et suivants des lignes directrices.

²⁰ Article 3 du projet de règlement de la Commission européenne.

La part de marché des intermédiaires doit être inférieure à 30% à la fois sur le marché amont et sur le marché aval.

Ce changement ne peut qu'être salué, tant l'application pratique du projet de règlement aurait été compliquée et source d'insécurité juridique. En effet, la prise en compte du marché aval aurait nécessité, avant la signature de chaque contrat de distribution, la réalisation d'une analyse détaillée de la position du distributeur concerné sur le marché de la revente de ses produits ou services afin de savoir si une disposition particulière était susceptible d'ôter le bénéfice de l'exemption. En pratique, une telle analyse se serait avérée particulièrement lourde à mettre en place pour les réseaux – et pour tout dire peu sécurisante –, dès lors que la part de marché du distributeur sur le marché aval est nécessairement plus fluctuante que sa part de marché sur le marché amont. Elle aurait également exclu du bénéfice de l'exemption un grand nombre d'accords, dès lors que, par exemple, un détaillant disposant d'une zone de chalandise locale restreinte dans laquelle peu de concurrents sont présents, n'aurait alors pas pu bénéficier de l'exemption, sa part de marché s'élevant aisément à plus de 30% dans de telles conditions. Ainsi, les têtes de réseaux auraient sans doute été contraintes, dans un souci d'uniformité des contrats conclus au sein du réseau, de ne pas insérer dans les contrats de distribution des clauses qui, pour seulement quelques distributeurs, auraient risqué d'empêcher l'exemption de l'accord ou de la clause, alors même que dans la très grande majorité des cas l'accord n'aurait impliqué aucune distorsion de concurrence.

d) Le cas spécifique des intermédiaires

Si la part de marché de l'acheteur est calculée sur le marché amont, il en va en revanche différemment dans le cadre d'un accord multipartite, lorsque l'acheteur est un intermédiaire, qui achète les biens ou services à l'une des parties à l'accord, pour les revendre à la troisième partie à l'accord.

Dans un tel cas, le nouveau règlement prévoit logiquement que les parts de marché de l'intermédiaire seront prises en compte à la fois sur le marché amont (en sa qualité d'acheteur) et sur le marché aval (en sa qualité de fournisseur)²¹.

2. Les autres restrictions apportées aux pratiques de la grande distribution

En dehors de l'instauration des seuils de parts de marché de l'acheteur, la réforme des restrictions verticales aborde, par l'intermédiaire des lignes directrices, des pratiques dont la grande distribution est familière. La Commission européenne fournit des éléments d'analyse permettant d'évaluer les risques concurrentiels et éventuels effets bénéfiques de ces pratiques, pour les cas dans lesquels elles feraient l'objet d'un examen individuel par la Commission (donc en dehors de l'application du règlement d'exemption par catégorie).

a) Les redevances d'accès payables d'avance

Dans cette catégorie d'obligations, la Commission entend couvrir les redevances versées par les fournisseurs aux distributeurs, au début de leur relation ou d'une période donnée (généralement annuelle), pour pouvoir accéder à leur réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants²².

²¹ Art. 3, 2. du règlement n° 330/2010.

²² Point 203 des lignes directrices.

Il s'agit ici en substance des primes de référencement, ainsi que des sommes versées dans le cadre de ce qu'il est coutume de dénommer la « coopération commerciale ». En effet, la Commission vise les primes d'allocation d'espace, les redevances de maintien, et les paiements effectués par le fournisseur pour accéder aux campagnes de promotion du ou des distributeurs.

Ces redevances ne constituent pas des restrictions caractérisées et bénéficient en principe de l'exemption par catégorie. Néanmoins, la Commission a entendu fournir des éléments d'appréciation dans l'hypothèse où l'accord dans lequel elle figure ferait l'objet d'un examen individuel.

La Commission signale ainsi les risques d'éviction liés à ces pratiques, en particulier dans l'hypothèse où le montant de la redevance est élevé : en effet, dans un tel cas, le fournisseur sera incité à écouler sa marchandise auprès d'un nombre limité de distributeurs, afin de rentabiliser son investissement. De même, en présence de nombreux accords de ce type sur le marché en cause, ceux-ci peuvent constituer une barrière à l'entrée pour un nouvel opérateur, notamment s'il est de taille modeste.

En revanche, ces mêmes pratiques peuvent être sources de gains d'efficacité, notamment par une attribution plus efficace des rayonnages, dès lors notamment qu'en supportant un coût supplémentaire pour accéder aux linéaires du distributeur, le fournisseur sera plus enclin à proposer des produits dont le succès est assuré que si le distributeur en supportait seul le risque.

b) Les accords de management catégoriel ou de gestion par catégorie

Le 19 mars 2010, l'Autorité de concurrence a annoncé qu'elle s'autosaisissait de la question de l'effet des contrats de management catégoriel (*category management*) sur le fonctionnement concurrentiel du secteur de la grande distribution.

Cette pratique n'a pas non plus laissé la Commission européenne indifférente, qui lui a consacré un développement dans le cadre des lignes directrices²³.

Il est vrai que ces accords, par lesquels un distributeur confie à un de ses fournisseurs (désigné comme le « capitaine de catégorie ») la commercialisation d'une catégorie de produits, est susceptible de générer des distorsions de concurrence. Par ces accords, en effet, le fournisseur est en charge non seulement de la gestion de ses produits, mais également de ceux de ses concurrents.

La Commission identifie ainsi différents risques d'éviction, liés à l'influence du fournisseur sur le distributeur et à son éventuelle désignation en qualité de capitaine de catégorie auprès d'autres distributeurs, ainsi que des risques de collusion entre distributeurs.

Elle reconnaît en revanche la possibilité d'obtenir des gains d'efficacité dès lors que les parties peuvent rapporter la preuve du fait que le distributeur bénéficie effectivement de l'expertise du fournisseur en matière de commercialisation des produits, ou encore de la réalisation d'économie d'échelle.

L'appréciation sera alors réalisée au cas par cas par la Commission européenne afin d'évaluer si les gains d'efficacité annoncés prévalent, ou non, sur les distorsions de concurrence.

²³ Points 209 à 213 des lignes directrices.

La Commission vise expressément les primes de référencement et les accords de category management parmi les pratiques potentiellement anticoncurrentielles

B. L'encadrement de la vente en ligne

Contrairement à ce qui était attendu, le nouveau règlement communautaire n'aborde pas la problématique de la vente en ligne, alors même que ce sujet est désormais devenu une problématique centrale pour les réseaux de distribution. Ce sont donc les lignes directrices qui, bien qu'elles soient en principe dépourvues de tout caractère contraignant, sont venues encadrer la question de l'Internet dans les relations entre fournisseurs et distributeurs.

Dans les nouvelles lignes directrices, la Commission rappelle qu'il est en principe interdit d'exclure de façon générale et absolue la vente en ligne par les membres du réseau de distribution (une telle interdiction n'étant désormais admissible que si elle s'avérait nécessaire pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé)²⁴ et précise ensuite les conditions dans lesquelles l'encadrement de la vente en ligne peut, ou non, bénéficier de l'exemption par catégorie.

La Commission a ainsi confirmé le fait que la vente par Internet constitue *a priori* une vente passive (1.). Elle a également affirmé que l'ouverture d'un site Internet (par le distributeur) n'est pas assimilable à l'ouverture d'un nouveau point de vente (2.), qu'il est interdit au fournisseur de discriminer la distribution en ligne par rapport à la distribution hors ligne (3.). Enfin, la Commission a confirmé la possibilité offerte aux têtes de réseaux d'instaurer des normes de qualité, autorisant notamment l'exclusion des « pure players » (4.).

1. La confirmation du caractère en principe passif des ventes en ligne

a) L'affirmation du principe

La Commission européenne confirme dans ses lignes directrices le principe du caractère passif des ventes en ligne, en affirmant qu' « *en règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site Internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive* »²⁵.

Pour mémoire, on rappellera qu'en substance, la vente passive est celle réalisée par le distributeur répondant à des demandes non sollicitées émanant des clients, alors qu'au contraire la vente active est celle réalisée par le biais d'une prospection des clients par le distributeur²⁶.

Le critère utilisé par la Commission pour déterminer que la vente est passive et non active, réside dans le fait que l'action du distributeur en ligne doit être un « *moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur* »²⁷. Ainsi par exemple, constitue un tel moyen raisonnable et donc une vente passive, la prise de contact avec le distributeur par un consommateur qui a visité le site Internet dudit distributeur, ou encore le fait de réaliser une vente avec un consommateur ayant choisi d'être automatiquement informé par le distributeur (on pense ici notamment à la diffusion de lettres d'information aux consommateurs)²⁸.

²⁴ Point 60 des lignes directrices.

²⁵ Point 52 des lignes directrices.

²⁶ Pour plus de détails sur ce point, v. les définitions des ventes passives et actives par les lignes directrices, point 51.

²⁷ Point 52 des lignes directrices.

²⁸ Point 52 des lignes directrices.

La Commission européenne confirme que la vente réalisée en ligne par un distributeur constitue en principe une vente passive.

b) Les conséquences

◆ *La qualification de restriction caractérisée*

La qualification de vente passive n'est pas sans conséquence. En effet, dans le cadre du règlement communautaire (qu'il s'agisse de l'ancien ou du nouveau), la limitation des ventes passives par le fournisseur constitue une restriction caractérisée²⁹, laquelle exclut alors l'accord du bénéfice de l'exemption par catégorie.

Bien plus, l'accord sera présumé entrer dans le champ de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, et ne pas être susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle³⁰.

◆ *Exemples de restrictions à la vente en ligne excluant le bénéfice de l'exemption*

A titre d'illustration, la Commission européenne a détaillé un certain nombre de situations pratiques constitutives de telles restrictions caractérisées concernant la vente en ligne³¹. Ainsi, constituera une restriction caractérisée le fait de contraindre un distributeur exclusif à empêcher les clients situés sur le territoire d'un autre distributeur exclusif de consulter son site Internet, ou encore de lui imposer de les renvoyer automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs exclusifs. En revanche, la tête de réseau demeure libre d'imposer à son distributeur l'insertion sur son site de liens vers les sites d'autres distributeurs ou encore vers celui du fournisseur.

De même, la Commission exclut du bénéfice de l'exemption les accords obligeant le distributeur exclusif à mettre un terme à une opération de vente par Internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent que ce dernier n'est pas situé sur son territoire exclusif.

En principe, constitue également une restriction caractérisée le fait de convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par Internet. En revanche – et cette précision est fondamentale pour les têtes de réseaux – cela n'exclut pas tout encadrement de la répartition entre ventes en ligne et vente hors ligne.

En effet, la Commission européenne, si elle exclut la possibilité pour le fournisseur d'imposer un pourcentage de vente réalisées en ou hors ligne, autorise ce dernier à imposer au distributeur certaines obligations. Ainsi, afin d'assurer le bon fonctionnement du point de vente physique, le fournisseur peut contraindre le distributeur à vendre une quantité minimale des produits dans son point de vente physique. Cette mesure permet ainsi d'éviter l'ouverture de points de vente physiques « fantômes » par des opérateurs opérant exclusivement sur Internet, afin d'éviter l'exclusion des « pure players » éventuellement imposée par la tête de réseau³².

Pour être compatible avec le règlement, cette quantité devra alors impérativement être exprimée en quantité absolue, que ce soit en valeur ou en volume, et non en proportion des ventes totales ou des ventes réalisées en ligne. Elle pourra soit être identique pour tous les acheteurs, soit être individualisée dès lors que les critères d'individualisation sont objectifs (par exemple, le fournisseur peut choisir d'individualiser les quantités qui doivent être revendues par le distributeur en fonction de sa taille dans le réseau ou encore de sa situation géographique).

²⁹ Article 4, b) du règlement n° 330/2010.

³⁰ Point 47 des lignes directrices.

³¹ Point 52 des lignes directrices.

³² V. ci-après le développement consacré à l'autorisation d'exclure les « pure players ».

Les restrictions à la vente en ligne constituent en principe des restrictions caractérisées.

Une telle qualification est lourde de conséquences pour le fournisseur.

Enfin, la Commission exclut la possibilité pour le fournisseur de vendre au distributeur des produits à un prix plus élevé lorsque ceux-ci sont destinés à la revente en ligne, que celui qu'il aurait payé pour des produits revendus hors ligne.

Néanmoins, la Commission prévoit un aménagement intéressant à cette règle, en autorisant le fournisseur à percevoir une redevance fixe (c'est-à-dire notamment non proportionnelle avec le chiffre d'affaires) destinée à soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne. Reste désormais à savoir dans quelle mesure cette possibilité sera utilisée par le fournisseur, et surtout comment la Commission pourra procéder en pratique à un contrôle de la justification de la redevance et notamment de la réalité des « efforts de vente » du fournisseur.

c) **L'exception : les ventes en ligne constitutives de ventes actives**

Bien que la Commission reconnaisse le principe d'une vente passive en ligne, elle n'exclut pas pour autant la qualification de vente active pour toutes les actions du distributeur réalisées par l'Internet. Encore une fois, l'approche de la Commission se veut essentiellement économique et prend donc en considération les pratiques des opérateurs sur le marché afin de protéger le fournisseur contre les ventes actives qui seraient réalisées sur le territoire d'autres distributeurs bénéficiant d'une exclusivité territoriale³³.

Ainsi, elle qualifie de vente active les efforts réalisés par le distributeur qui visent à atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers.

Parmi ces efforts, la Commission identifie notamment la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients (telle qu'un bandeau publicitaire placé sur le site Internet d'un tiers et visant un territoire particulier), ou encore la rémunération d'un moteur de recherche ou d'un fournisseur d'espace publicitaire en ligne afin qu'il diffuse une publicité spécifiquement aux clients établis sur un territoire particulier.

2. **L'absence de création d'un point de vente par l'ouverture d'un site Internet**

La Commission européenne intègre un principe d'ores et déjà acquis au regard de la jurisprudence, selon lequel « l'ouverture par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent »³⁴.

Cette obligation vise en premier lieu à exclure la possibilité pour la tête de réseau d'interdire de facto la création d'un site Internet à son distributeur par l'insertion, dans le contrat de distribution, d'une interdiction d'ouvrir un autre point de vente que celui mentionné dans le contrat.

Bien que la Commission européenne ait pris la peine de lier son affirmation au contexte présenté dans les lignes directrices (à savoir l'ouverture d'un site Internet par le distributeur), il est néanmoins possible à notre sens d'en déduire le principe général suivant : un site Internet n'est pas assimilable à un point de vente (quel qu'en soit l'auteur). En conséquence, les lignes directrices de la Commission confirment indirectement la jurisprudence de la Cour de cassation³⁵ qui avait permis à la tête de réseau l'ouverture d'un site Internet vendant des produits aux clients situés sur la zone d'exclusivité territoriale d'un distributeur.

³³ Point 53 des lignes directrices.

³⁴ Point 57 des lignes directrices.

³⁵ V. par exemple pour l'ouverture d'un site Internet par la tête de réseau : « la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé » (Cass. com., 14 mars 2006, 03-14639, Bull. 2006 IV n° 65, p. 65) ; v. également, Cass. com., 14 mars 2006, n° 03-14640 et n° 03-14316.

**Exceptionnellement,
les ventes en lignes
peuvent constituer
des ventes actives.**

**Certaines formes de
publicité en ligne
peuvent ainsi
entraîner la
qualification de
vente active.**

3. L'obligation de non-discrimination entre les ventes en ligne et hors ligne

La Commission intègre dans les lignes directrices les principes acquis au cours des dernières années concernant la gestion des distributeurs en ligne dans les réseaux de distribution, par rapport aux distributeurs exerçant dans les points de vente physique.

Sans surprise, la Commission prône la non discrimination entre les vendeurs par Internet et les vendeurs hors ligne, afin d'éviter l'existence de freins à la vente en ligne par les distributeurs du réseau. Néanmoins, adoptant une vision économique une fois encore bienvenue, la Commission n'exige bien entendu pas que les obligations applicables à chaque forme de distribution soient strictement identiques : les obligations imposées aux vendeurs en ligne doivent être « globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique », et qu'elles poursuivent « les mêmes objectifs et [aboutissent] à des résultats comparables »³⁶.

Ainsi, la Commission européenne vérifie que les éventuelles différences appliquées à chaque type de distribution soient justifiées par la nature de ces derniers, et fournit à ce titre des exemples concrets de différenciations admissibles, qui intéresseront sans nul doute les fournisseurs.

En premier lieu, la Commission admet la possibilité pour un fournisseur d'imposer aux vendeurs par Internet des restrictions quant au nombre maximum de produits pouvant être vendus à chaque client final, qui ne seraient pas imposées aux revendeurs hors ligne, dès lors que le risque de revente à un distributeur non agréé serait plus élevé dans le cadre d'une vente en ligne.

En second lieu, la Commission admet des adaptations quant aux délais de livraison imposés aux revendeurs en ligne, en tenant compte par exemple du fait qu'il est généralement matériellement impossible d'exiger une livraison immédiate par le distributeur en ligne au client final, alors que le revendeur exerçant dans un point de vente physique peut au contraire s'engager à délivrer immédiatement le bien à son acheteur.

Enfin, les lignes directrices évoquent les adaptations qui pourraient s'avérer nécessaires s'agissant du service après-vente, notamment afin de couvrir les frais de renvoi des produits par les clients, ou encore ceux liés à l'application des systèmes de paiement sécurisés.

4. La confirmation de la possibilité d'imposer des normes de qualité et d'exclusion des pure players

- ◆ La confirmation d'une pratique d'ores et déjà établie

Conforme à la position qui avait déjà été adoptée en France par l'Autorité de la concurrence³⁷, et dans les précédentes lignes directrices³⁸, la Commission fournit aux têtes de réseaux un important moyen de contrôle de l'activité des distributeurs en ligne, en autorisant expressément le fournisseur à imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet³⁹.

³⁶ Point 56 des lignes directrices.

³⁷ V. par exemple, Cons. conc. n° 07-D-07 du 8 mars 2007, point 97 : « Comme le rappellent les lignes directrices précitées, "le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (...)", du moment que les restrictions posées à cette forme de vente sont proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé et qu'elles n'aboutissent pas, en réalité, par leur exigence excessive, à vider la vente par Internet de son contenu ».

³⁸ Point 51 des lignes directrices du 13 octobre 2000 précitées.

³⁹ Point 54 des lignes directrices.

La Commission maintient le principe de l'égalité de traitement entre les vendeurs en ligne et les vendeurs hors ligne.

Sans être identiques, les obligations imposées à chaque forme de distribution doivent être globalement équivalentes.

La Commission européenne autorise expressément les fournisseurs à exclure de leurs réseaux les distributeurs ne disposant d'aucun point de vente physique : les « pure players »

Cette nouvelle validation de la Commission européenne est à notre sens fondamentale en pratique, dès lors que face à la démarche des autorités de concurrence accordant la plus grande liberté d'action aux distributeurs en ligne, les normes de qualité sont devenues en pratique l'un des seuls réels moyens dont disposaient les têtes de réseaux pour encadrer l'accès des distributeurs à Internet.

Bien entendu, la Commission n'offre pas un blanc seing aux têtes de réseaux en la matière : les normes de qualité ne devront pas aboutir en pratique à limiter l'accès des distributeurs à Internet par rapport à la vente hors ligne. A n'en pas douter, en cas de contentieux, la Commission procédera à un contrôle détaillé de la justification des normes imposées.

◆ *La possibilité d'exclure les « pure players » : une mesure contestée*

Au sein du passage qu'elle a consacré aux normes de qualité, la Commission européenne a inséré une disposition qui a généré l'un des principaux débats relatifs à la réforme des restrictions verticales.

En effet, les lignes directrices permettent au fournisseur d'exclure de son réseau, sans a priori exiger de justification objective à une telle exclusion, les distributeurs dit « pure players », c'est-à-dire ceux qui agissent exclusivement en ligne, sans détenir de point de vente physique⁴⁰.

Les associations regroupant les entreprises du e-commerce, et notamment la FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance), s'étaient émues du projet de lignes directrices et de l'absence d'exigence, par la Commission européenne, de justifications objectives et proportionnées notamment liées au circuit de distribution. Néanmoins, la Commission – comptant sans doute sur la régulation du marché et l'inévitable recours accru à l'Internet auxquels les réseaux feront face – a maintenu le principe de la possibilité pour les têtes de réseaux d'exclure les « pure players ».

Notons que, si certaines marques – souvent dans les secteurs des produits haut de gamme – accueillent très favorablement cette mesure, la plupart des réseaux de distribution ne recourra pas à cette possibilité d'exclure les « pure players » pour des motifs strictement économiques. En effet, à ce jour certains acteurs « pure players » majeurs sont, dans plusieurs secteurs d'activité, devenus incontournables ; ainsi, notamment dans un souci de diffusion de masse de leurs produits ou services, les réseaux de distribution choisissent généralement d'y recourir, abandonnant ainsi toute possibilité d'exclure ensuite d'autres distributeurs « pure players » de leur réseau.

⁴⁰ Point 54 des lignes directrices : « L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution. »

II. Aperçu des autres principales modifications issues de la réforme

Sans prétendre à l'exhaustivité, cette seconde partie de l'étude a pour objet de réaliser un aperçu des principales mesures qui, sans être fondamentales dans le cadre de la réforme, présentent néanmoins un intérêt certain dans l'appréciation des accords de distribution. Elle abordera l'assouplissement de la position de la Commission européenne à l'égard des restrictions caractérisées (A.) ainsi que les modifications apportées à la notion de savoir-faire (B.).

A. L'assouplissement de la position de la Commission européenne à l'égard des restrictions caractérisées

La Commission européenne nuance sa position à l'égard des restrictions caractérisées qui, si elles font perdre aux entreprises le bénéfice de l'exemption par catégorie, peuvent néanmoins être justifiées au titre d'un examen individuel, dans des hypothèses qui resteront en pratique relativement exceptionnelles.

1. L'affirmation de la possibilité de contester la double présomption liée aux restrictions caractérisées

La Commission européenne maintient dans les nouvelles lignes directrices la double présomption attachée à l'existence de restrictions caractérisées dans un accord de distribution.

Ainsi, en présence d'une restriction caractérisée :

- l'accord est présumé enfreindre l'article 101, paragraphe 1, du traité relatif à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles ;
- l'accord est présumé être peu susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle⁴¹.

Lorsqu'une telle présomption s'appliquait à un accord donné, il était en pratique presque impossible aux parties audit accord de remettre en cause cette présomption en établissant que les avantages liés à la pratique étaient supérieurs aux restrictions de concurrence qu'elle impliquait, afin d'obtenir l'exemption individuelle. Dès lors, à l'occasion de la réforme, les praticiens avaient appelé de leurs vœux un assouplissement de cette règle, et notamment l'instauration d'une présomption réellement réfragable⁴².

Conformément à ces demandes, et dans le cadre d'une approche généralement plus économique des nouveaux textes, les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne introduisent une innovation par rapport aux précédentes⁴³, en prévoyant expressément que les parties peuvent contester la présomption dans le cadre d'une évaluation individuelle de l'accord.

⁴¹ Point 47 des lignes directrices : « Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101 paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. »

⁴² On peut citer par exemple le commentaire en réponse à la consultation publique de la Commission européenne à l'occasion de la révision du Règlement n°2790/1999 et des lignes directrices relatifs aux restrictions verticales, publié par l'Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC) le 28 septembre 2009, qui avait souligné le fait que de « la grande majorité des économistes contemporains s'accordent sur les effets pro-concurrentiels de la plupart des restrictions verticales ».

⁴³ Communication de la commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, C 291, JOCE du 13 octobre 2000, p.1.

La volonté d'une réglementation plus économique a poussé la Commission à aménager son approche des restrictions caractérisées.

Ainsi, elle admet expressément la possibilité de rapporter la preuve des effets bénéfiques de telles restrictions.

**Restriction
caractérisée par
excellence, la
pratique des prix
imposés bénéficie
elle aussi des
assouplissements
de la position de
la Commission
européenne.**

Ainsi, après avoir énoncé la double présomption, elles prévoient que :

« les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, §3, dans un cas donné. Si les entreprises établissent que des gains d'efficacité probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. »⁴⁴

Il convient néanmoins de nuancer l'ampleur de l'avancée que constitue cette précision. En effet, il n'est pas certain qu'en pratique un nombre important d'accords puisse bénéficier de l'octroi d'une exemption individuelle s'ils contiennent une ou plusieurs restrictions caractérisées, dès lors qu'il appartient toujours aux entreprises de rapporter la preuve des gains d'efficacité et de leur supériorité par rapport aux désavantages de la restriction concernée.

2. L'avancée prudente de la Commission concernant les prix imposés

Alors même que les prix imposés (prix minima ou prix fixes) constituent en droit des ententes une restriction caractérisée majeure, faisant l'objet de l'attention de toutes les autorités de la concurrence, communautaires comme nationales, la Commission introduit certains assouplissements dans les nouvelles lignes directrices quant à leur interdiction⁴⁵.

En effet, après avoir exposé les effets néfastes des prix imposés pour la concurrence, la Commission expose les conditions dans lesquelles, dans le cadre d'un examen au cas par cas, des gains d'efficacité pourraient être reconnus en la matière.

Il convient bien entendu d'aborder cette nouveauté avec prudence, tant les cas exposés apparaissent exceptionnels, et directement liés au raisonnement économique qui les sous-tend.

La Commission évoque la possible utilité des prix imposés dans le cadre du lancement d'un nouveau produit : elle considère que l'imposition des prix pendant la période d'introduction du produit au cours de laquelle la demande croît, peut permettre d'inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question, et à augmenter leurs efforts de vente pour assurer le succès du lancement du produit.

De même, on peut légitimement s'interroger sur la portée pratique de l'introduction de ce passage, la Commission admet (notamment dans le cadre d'un réseau de franchise) l'existence de prix imposés dans le cadre d'une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (généralement de 2 à 6 semaines selon la Commission). Pour la Commission, les prix imposés pourraient permettre aux détaillants dans un tel cadre de fournir des services additionnels de prévente, notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes, rendant ainsi l'opération dans sa globalité plus favorable aux consommateurs.

⁴⁴ Point 47 des nouvelles lignes directrices.

⁴⁵ Points 225 et s. des lignes directrices.

3. Les assouplissements relatifs à l'interdiction des ventes passives

La Commission européenne admet également certaines limites à l'interdiction des ventes passives, dans l'hypothèse où le fournisseur confie à un distributeur exclusif la vente d'une nouvelle marque, ou encore la vente d'une marque existante sur un nouveau marché.

La Commission prend ici en considération les investissements substantiels auxquels le distributeur chargé de développer la nouvelle marque ou le nouveau marché va procéder, et le risque d'un refus du distributeur de s'engager financièrement sans assurance d'une protection, au moins temporaire, contre les ventes même passives d'autres distributeurs sur le territoire qui lui est confié.

Dans un tel cas, la Commission admet alors que de tels accords puissent ne pas relever de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles pendant les deux premières années d'activité du distributeur sur le nouveau secteur qu'il développe⁴⁶.

B. Les modifications relatives à la notion de savoir-faire

Le règlement n° 330/2010 a semé le trouble notamment au sein des réseaux de franchise en procédant à deux modifications relatives à la notion de savoir-faire, élément central de tout système de franchise. En premier lieu, il a inséré le savoir-faire dans la définition des droits de propriété intellectuelle (1.). En second lieu, il a assoupli la définition du savoir-faire (2.).

1. L'insertion du savoir-faire dans les droits de propriété intellectuelle

Sans qu'il soit possible à ce jour d'en percevoir précisément l'impact pratique, la Commission européenne a choisi d'intégrer le savoir-faire parmi les « droits de propriété intellectuelle »⁴⁷, au même titre que les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits voisins.

Sur un plan strictement juridique, cette insertion ne crée pas une nouvelle catégorie de droits de propriété intellectuelle ou industrielle : le savoir-faire ne devient donc pas, par le simple effet du règlement n° 330/2010, un droit de propriété intellectuelle que le titulaire (par exemple un franchiseur ou un concédant de licence de savoir-faire) pourrait protéger en tant que tel.

Une telle protection serait d'ailleurs difficilement envisageable dès lors qu'elle se heurterait au caractère secret du savoir-faire.

Le savoir-faire est qualifié de « droit de propriété intellectuelle », sans que les effets de cette qualification soient aisément mesurables.

⁴⁶ Point 61 des lignes directrices.

⁴⁷ Article 1. 1. f) du règlement n° 330/2010.

On peut néanmoins s'interroger sur l'objectif poursuivi par la Commission par ce changement. En effet, bien que cela ne semble pas correspondre à l'esprit de la réforme, l'insertion du savoir-faire dans les droits de propriété intellectuelle aurait pu, à notre sens, fragiliser les accords de franchise. En effet, l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010 ne s'applique pas aux accords ayant pour principal objet la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle⁴⁸. Or, la franchise est constituée par la réunion de trois éléments dont la transmission de signes distinctifs (marque, enseigne etc.) et la transmission d'un savoir-faire, le troisième et dernier élément étant constitué par l'assistance fournie par le franchiseur au franchisé. Dès lors que deux des trois éléments principaux de l'accord de franchise constituent selon la nouvelle définition des « droits de propriété intellectuelle », on aurait pu envisager que les accords de franchise soient *de facto* exclus du bénéfice de l'exemption. Telle ne semble pas être la voie dans laquelle la Commission a souhaité s'engager⁴⁹, néanmoins sa position et ses objectifs auraient mérité d'être explicités.

2. L'assouplissement de la définition du savoir-faire

Le nouveau règlement modifie la définition du savoir-faire, afin d'en assouplir l'un des éléments. Pour être valable, en effet, le savoir-faire transmis par le franchiseur au franchisé doit être « substantiel ». Ce critère est maintenu par le nouveau règlement, néanmoins la définition de ce qui constitue un savoir-faire substantiel est modifiée. En effet, alors que précédemment, sous l'empire du règlement n° 2790/1999 le savoir-faire devait impérativement « inclure des informations indispensables » pour le distributeur « aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels »⁵⁰, le nouveau texte prévoit que le savoir-faire doit uniquement être « significatif et utile » pour le franchisé pour cette même utilisation.

La modification n'est pas neutre ; elle allège substantiellement la charge de la preuve pesant sur le franchiseur dans les instances dans lesquelles son savoir-faire est remis en cause. Ceci est d'autant plus vrai que le règlement ne vise plus les informations contenues dans le savoir-faire mais le savoir-faire lui-même, ce qui favorise à nouveau la position du franchiseur. En effet, s'il doit établir que le savoir-faire qu'il transmet est substantiel, il est plus aisé pour le franchiseur de ne pas avoir à identifier avec précision les informations contenues dans le savoir-faire qui seront prises en compte pour l'appréciation de la validité du savoir-faire mais de rapporter la preuve que le savoir-faire dans sa globalité est significatif et utile au franchisé.

Ces modifications quant à la définition du savoir-faire et de ses caractéristiques sont fondamentales en pratique au vu de l'accroissement du nombre d'actions en nullité fondées, au moins partiellement, sur des remises en cause de l'existence et de la validité du savoir-faire du franchiseur : si désormais, au lieu de devoir rapporter la preuve du caractère indispensable au distributeur des éléments fournis par le franchiseur, ce dernier doit uniquement prouver l'importance et l'utilité du savoir-faire, les actions introduites par les franchisés pourront sans doute plus difficilement aboutir.

⁴⁸ Article 2.3 du règlement n° 330/2010. Voir également les lignes directrices, points 31 et suivants.

⁴⁹ Les lignes directrices abordent en effet la question de l'exemption des accords de franchise (voir notamment, s'agissant du savoir-faire, les points 43 et suivants),

⁵⁰ Article 1.f) du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 précité.

Le savoir-faire doit désormais uniquement être « significatif et utile », ce qui facilitera sa reconnaissance par les tribunaux.

La réforme des restrictions verticales satisfait globalement, en raison notamment de l'optique plus économique qui l'anime et des règles plus adaptées à la pratique et au marché qu'elle édicte.

Certains points peuvent néanmoins décevoir, et notamment l'absence d'intégration des règles relatives à la vente en ligne dans le corps du règlement. Parallèlement, on peut regretter l'insertion d'un nombre relativement important de « règles » dans le document prétendument dénué de caractère contraignant que constituent les lignes directrices, dont le rôle apparaît dès lors quelque peu dénaturé.

Il n'en demeure pas moins qu'en conservant le *corpus* du précédent règlement et en intégrant une large partie des évolutions de cette dernière décennie, la réforme a semble-t-il rempli l'objectif de renforcement de la sécurité juridique des entreprises, dont le praticien ne pourra que se féliciter.

Gaëlle TOUSSAINT-DAVID
Avocat au Barreau de Paris

AUTRE ACTUALITE JURIDIQUE

Autorité de la concurrence

Décision n° 10-D-12 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression

Une association de franchisés et anciens franchisés d'un réseau de nettoyage de voitures dénonçait la mise en œuvre par la tête de réseau de pratiques anticoncurrentielles. Une des questions soulevées par cette affaire concernait la mise en œuvre de pratiques discriminatoires (sanctionnant différemment le non-respect de certaines clauses du contrat de franchise). L'Autorité de la Concurrence a débouté la demanderesse en raison du caractère marginal de telles pratiques et de l'existence de mesures prises par le franchiseur pour y mettre fin.

Une autre question portait sur le point de savoir si le franchiseur pouvait imposer à ses franchisés l'utilisation d'un savon, dont l'approvisionnement était assuré par la tête de réseau. Rappelant les règles de la validité des clauses d'approvisionnement exclusif, l'Autorité de la Concurrence a estimé qu'il n'était pas établi en l'espèce que cette clause n'était pas indispensable à la mise en œuvre de l'accord de franchise.

C. Cass., chambre sociale, 19 mai 2010, n°09-42.614 (inédit)
Application de l'article L. 7321-2 du code du travail au franchiseur

Le dirigeant d'une société franchisée a tenté d'obtenir l'application à son profit des dispositions du code du travail, en soutenant que la société franchiseur et la société d'approvisionnement constituaient à son égard un seul et même employeur. Selon le demandeur, la conclusion avec deux personnes juridiques distinctes, d'une part, d'un contrat de franchise et d'un contrat de location gérance, d'autre part, d'un contrat d'approvisionnement, ne pouvait éluder l'application, à son profit, de l'article L. 781-1 du code du Travail (devenu l'article L. 7321-2 du même code). En effet, selon le moyen, les deux sociétés, filiales à 100 % d'une même société, avaient des activités complémentaires et entretenaient des liens très étroits, de sorte qu'à l'égard du dirigeant de la société franchisée, elles devaient être considérées, au sens du texte précité, comme une seule et même entreprise commerciale.

Ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour de cassation, qui rappelle que, selon le texte invoqué, les dispositions du code du travail sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle et commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise. Aussi, dès lors que les conditions sus-énoncées ne sont pas, en fait, réunies, les dispositions du code du travail sont inapplicables, quelles que soient les énonciations du contrat.

La Haute juridiction relève par ailleurs que la cour d'appel a constaté, sans s'arrêter aux stipulations des contrats, que l'intéressé, lié à deux entreprises distinctes, ne se voyait pas fournir de local ni imposer ses prix de vente et ses conditions d'exploitation par la société d'approvisionnement, mais seulement conseiller des prix par la société franchiseur qui n'avait ni autorité ni pouvoir de contrôle sur lui dans l'exécution de son travail. La cour d'appel a donc pu valablement en déduire que les conditions d'application de l'article L. 7321-2 du code du travail n'étaient pas remplies et qu'en conséquence la juridiction prud'homale n'était pas compétente pour connaître du litige.

Décret n°2010-235 du 30 avril 2010 relatif aux soldes

Le Décret n° 2008-1343 du 18 décembre 2008 relatif aux soldes a été modifié par le Décret n°2010-235 du 30 avril 2010.

Ce nouveau texte réglementaire est venu fixer pour certains départements des périodes particulières de soldes d'été et d'hiver. Ce dispositif est autorisé par l'article D.310-15-3 du code de commerce, qui permet de déroger à l'article D.310-15-2 et de fixer des dates de soldes différentes dans certains départements listés à l'annexe de l'article D.310-15-3 du code de commerce, liste à laquelle viennent d'être ajoutées cinq nouvelles zones territoriales susceptibles de dérogation.

C. Cass., Chambre commerciale, 13 avril 2010, n°09-14.386 (Inédit)

Action en référé – conditions de mise en œuvre – dénigrement

Par suite des propos tenus par l'un de ses franchisés au cours d'une émission télévisée, un franchiseur a assigné en référé ce dernier, aux fins de faire constater le trouble manifestement illicite constitué par les actes de dénigrement ainsi commis en violation des obligations de confidentialité et de loyauté inscrites au contrat de franchise, et d'ordonner sous astreinte au franchisé de s'abstenir pour l'avenir de toute déclaration publique, quel qu'en soit le support, portant sur le fonctionnement de la franchise et de nature à porter atteinte à l'image de l'enseigne.

La cour d'appel a considéré qu'il n'y avait lieu à référé pour deux motifs : (i) le franchiseur ne versait aucun élément sur un éventuel préjudice subi par lui du fait des propos tenus par le dirigeant du franchisé et (ii) le franchiseur ne caractérisait aucun dommage imminent.

S'agissant du premier motif, la Cour de cassation sanctionne l'arrêt d'appel en rappelant, que le dommage imminent s'entend du dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer. S'agissant du second motif, la Haute juridiction fait grief à la cour d'appel de n'avoir pas répondu aux conclusions du franchiseur qui faisait valoir que le dirigeant du franchisé avait annoncé son intention de persévérer dans son entreprise de dénigrement à son encontre.

C. Cass., Chambre civile 2, 10 Juin 2010, n°09-69.366 (inédit)

Ordonnance de référé – communication de pièces

La Cour de cassation a rappelé les conditions attachées à l'arrêt de l'exécution provisoire lorsque celle-ci est de droit.

En l'espèce, un litige avait opposé un franchiseur et deux de ses franchisés qui, estimant qu'il existait un différentiel prohibitif entre les sommes perçues par le franchiseur au titre du droit d'entrée et des redevances et les dépenses réalisées par le franchiseur dans le cadre du contrat de franchise, avaient sollicité en référé la communication de certaines pièces.

Le juge des référés ayant accédé à la demande des franchisés, le franchiseur avait interjeté appel de l'ordonnance de référé et sollicité du premier président de la cour d'appel la suspension de l'exécution provisoire attachée – de droit – à ladite ordonnance. Le premier président l'ayant débouté de cette demande, le franchiseur avait formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé. Elle rappelle que le premier président ne peut arrêter l'exécution provisoire de droit qu'en cas de violation manifeste du principe de la contradiction ou de l'article 12 du code de procédure civile et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Le premier président a donc légalement justifié sa décision en ayant retenu que l'exécution provisoire n'entraînait pas de conséquences manifestement excessives.

ACTUALITE DU CABINET

Publications récentes de SIMON Associés

- « Contrat de franchise : quelle durée ? », par F.-L. SIMON ([Franchise Magazine, 10/06/2010](#))
- « Développer son réseau au Maroc », par F.-L. SIMON ([Franchise Magazine, 01/06/2010](#))
- « Franchise et externalisation », par F. SERGENT ([Franchise Magazine, 01/06/2010](#))
- « Le renouvellement du contrat », par F.-L. SIMON ([Franchise Magazine, 01/06/2010](#))
- « Ce qu'il faut savoir pour s'implanter au Maroc », par F.-L. SIMON ([Points de Vente, 31/05/2010](#))
- « Les experts de l'Officiel », par F.-Luc SIMON ([L'Officiel de la Franchise, 01/05/2010](#))
- « Distribution et nouvelle technique contractuelle », par F.-L. SIMON ([Décideurs, 01/04/2010](#))
- « Anticipez l'échec », Par F.-L- SIMON ([L'Express Hors Série, 01/03/2010](#))

Prochainement ...

- Numéro spécial annuel Droit de la distribution réalisé par le Cabinet SIMON Associés (Revue Cahiers du droit de l'entreprise - Juillet 2010)
- « Quelles nouvelles règles de concurrence ? », Gaëlle TOUSSAINT-DAVID (Points de Vente)

Evénement

François-Luc SIMON a animé, le 3 juin 2010, l'Atelier de la FFF intitulé « Technique Contractuelle ».



SIMON ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

PARIS

61 rue de Miromesnil
75008 - Paris
Tel : + 33 153 962 000
Fax : + 33 153 962 001

LYON

7 rue de Bonnel
69003 - Lyon
Tel : + 33 472 617 515
Fax : + 33 472 617 589

NANTES

13 rue Bertrand Geslin
44000 - Nantes
Tel : + 33 253 446 900
Fax : + 33 253 446 936

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 - Montpellier
Tel : + 33 467 580 186
Fax : + 33 467 588 432

WWW.SIMONASSOCIES.COM
CONTACT@SIMONASSOCIES.COM