



SIMON ASSOCIÉS  
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

# LETTRE DES RÉSEAUX

Septembre-Octobre 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.simonassociés.com](http://www.simonassociés.com)



**François-Luc SIMON**

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

**Actualité  
SIMON ASSOCIÉS  
Page 21**

## SOMMAIRE

### ETUDE :

Les associations de franchisés

p. 2

### PRATIQUE :

Les indicateurs de performance d'un franchiseur

p. 6

### DISTRIBUTION :

**CA Colmar, 17 juill. 2012, RG n°09/06006**  
L'application du statut d'agent commercial

p. 9

**CA Versailles, 3 juill. 2012, RG n°10/08577**  
Rupture de relations commerciales établies

p. 9

**CA Paris, 27 juin 2012, RG n°11/01181**  
Le pouvoir modérateur du juge face à une clause pénale

p. 10

**Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n°11-16.109**  
Rupture de relations commerciales établies

p. 10

### CONCURRENCE ET PRATIQUES COMMERCIALES :

**Ord. Réf., T. com. Quimper, 23 août 2012, inédit**  
La violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle

p. 11

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 2012, pourvoi n°11-18.807**  
La vente d'ordinateurs avec logiciels pré-installés

p. 13

**CA Paris, 27 juin 2012, RG n°10/04245**  
Procédés déloyaux utilisés pour justifier la rupture de relations commerciales

p. 15

**CA Colmar, 12 juin 2012, RG n°12/01150**  
Publicité comparative

p. 15

**Cass. crim., 26 juin 2012, RG n°11-86.267**  
Annonces de réduction de prix

p. 16

**CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10**  
Le juge face aux clauses abusives

p. 16

### PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE :

**CJUE, 12 juill. 2012, aff. C-311/11**  
Le droit des marques et les slogans

p. 17

**Cass. com., 10 juill. 2012, pourvoi n° 08-12.010**  
La dénomination sociale est protégée pour les activités effectivement exercées

p. 18

**CJUE, 19 juin 2012, aff. C-307/10**  
Du nouveau concernant le libellé des marques

p. 18

### INTERNATIONAL :

Le Business Retail en Indonésie

p. 19

## ÉTUDE : Les associations de franchisés

Les franchisés d'un même réseau se réunissent parfois en association. Les statistiques en la matière demeurent incertaines : « *Selon les franchiseurs, 12% des réseaux disposent d'une association de franchisés, alors que de leur côté, 49 % des franchisés déclarent qu'il en existe une dans le réseau* » (Enquête annuelle 2011 menée par le groupe Banque populaire et la fédération française de la franchise).

Ce phénomène s'explique par une volonté des entrepreneurs de faire entendre collectivement leur voix. Si cette initiative apparaît positive lorsqu'elle a pour finalité l'échange et la concertation au sein du réseau, elle est critiquable dès lors qu'elle est le fruit d'intention belliqueuse.

Lorsqu'elle est un lieu d'initiative et de réflexion, l'association des franchisés peut présenter un intérêt pour le réseau. S'illustrant comme un outil de dialogue, l'association permet d'anticiper les difficultés et de faciliter les remontées d'informations pour améliorer le fonctionnement du réseau. Ainsi, l'association des franchisés complète les instances d'animation et de dialogue (animateurs, commissions de travail..) parfois mises en place par les franchiseurs.

Inversement, quand l'association est vécue comme un lieu de contre-pouvoir, son rôle et sa légitimité sont discutables. Il faut rappeler qu'il n'appartient pas aux associations d'imposer à la tête de réseau les revendications des franchisés ou de décider des évolutions à apporter au réseau ; c'est au franchiseur seul qu'il revient de développer et de structurer ce dernier.

Or, il est régulièrement fait état, notamment en jurisprudence, du climat hostile et de la motivation conflictuelle à l'origine du regroupement des franchisés en association.

Dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Versailles, les juges retiennent qu'aux termes de sa motivation le franchisé expose que « *le réseau (...) s'est détérioré, que les franchisés qui ont d'ailleurs mis en place une association, ont attiré l'attention de leur franchiseur sur ses manquements et leurs conséquences* » (CA Versailles, 21 mars 2012, RG n° 11/03437).

Ainsi, le franchisé témoigne du fait que l'association a vu le jour à l'occasion d'un conflit avec le franchiseur. Dans ces conditions, les associations de franchisés vont parfois jusqu'à tenter directement des actions en justice à l'encontre des têtes de réseau.

Dans l'hypothèse où le litige opposant l'association et le franchiseur résulte de la défense d'intérêts personnels, la recevabilité de leur action ne pose pas de difficulté, mais il en va autrement quand l'action vise à défendre l'intérêt des franchisés.

Récemment, les juridictions ont d'ailleurs eu à se prononcer sur la question de la recevabilité d'actions d'associations de franchisés qui avaient pour finalité d'assurer la défense non pas d'un intérêt personnel mais de l'intérêt des franchisés (Trib. com. Bobigny, 29 janv. 2008, RG n° 2007F00373 ; CA Paris, 20 nov. 2008, RG n° 03/07603).

Les actions en justice de ces associations soulèvent en effet des interrogations quant à leur recevabilité, notamment en ce qu'elles heurtent deux exigences de l'action civile : l'existence d'un préjudice personnel et direct et le principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* ».

A ce titre, il importe de s'interroger sur la possibilité pour les associations de franchisés d'agir en justice et, plus particulièrement, sur les sujets en droit d'être abordés sur le terrain judiciaire par ces dernières.

- **La recevabilité de l'action des associations de franchisés**

Le principe en droit français est le refus des actions des associations pour la défense d'un intérêt collectif. En effet, l'article 31 du Code de procédure civile dispose : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.* »

La recevabilité de l'action est ainsi soumise à la démonstration d'un intérêt légitime, né et actuel, direct et personnel.

Or, n'ayant pas d'intérêt direct et personnel, l'action des associations pour la défense d'un intérêt collectif apparaît irrecevable en vertu de l'article 31 du CPC.

Toutefois, l'article 31 du CPC réserve l'hypothèse où une habilitation législative a permis d'agir en donnant « qualité », la qualité palliant ainsi le défaut d'intérêt direct et personnel. En conformité avec cet article, la loi habilite parfois certaines associations pour agir en justice afin de défendre un intérêt collectif. En outre, même hors habilitation législative, la jurisprudence a admis la recevabilité de l'action exercée par une association dans l'intérêt collectif.

Mais, l'accueil de l'action des associations n'est pas sans limite, elle se doit de respecter un certain nombre de conditions.

**En premier lieu**, l'association de franchisés devra être dotée de la personnalité morale. Selon la procédure prévue par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, celle-ci doit avoir été préalablement déclarée à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où elle aura son siège social et faire l'objet d'une insertion au Journal Officiel. Cette déclaration lui confère la capacité juridique, c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire d'un droit.

A défaut de déclaration, l'association existerait licitement, mais serait dépourvue d'existence juridique et du droit d'agir en justice. Il ressort de l'article 32 du CPC que toute prétention émise par une personne dépourvue du droit d'agir est irrecevable. On doit donc en conclure que, dès lors qu'une association de franchisés n'est pas déclarée, elle est irrecevable à agir.

Il faut toutefois relever que la jurisprudence n'est pas claire sur la question de la sanction du défaut de déclaration. Elle sanctionne parfois l'action pour nullité pour vice de fond, d'autre fois à raison d'une fin de non-recevoir ce qui est plus logique car il y a défaut du droit d'agir (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, pourvoi n° 88-11585).

Mais, lorsqu'elle retient qu'il s'agit d'un vice de fond, la Cour de cassation considère que l'irrégularité ne peut être couverte (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 déc. 2004, pourvoi n° 03-16.434).

Il faut donc considérer que l'action d'une association non déclarée est soit irrecevable, soit irrégulière et ne pouvant être régularisée. En tout état de cause, l'absence de déclaration de l'association constitue un obstacle à son action en justice.

Cette absence de déclaration est aussi un obstacle à l'exercice d'une action à son encontre. Sur le fondement de l'article 32 du CPC, la jurisprudence retient qu'une action émise contre une personne dépourvue du droit d'agir est irrecevable (Cass. soc., 12 juill. 2010, pourvoi n° 09-41.402).

Inversement, pourvue de la personnalité juridique, l'association peut aussi faire l'objet d'une action en justice.

Ainsi, par exemple, une tête de réseau peut-elle parfaitement agir à l'encontre d'une association de franchisés et d'ex-franchisés qui utiliserait et reproduirait sur son site internet un logotype lui appartenant (CA Versailles, 6 avr. 2011, RG n° 10/01935).

**En deuxième lieu**, l'objet social de l'association détermine son champ d'action. Selon qu'elle agit pour la défense d'intérêt collectif ou l'intérêt individuel de ses membres, les exigences jurisprudentielles diffèrent.

Dans l'hypothèse où l'association agit pour défendre l'intérêt collectif, l'objet social de l'association doit prévoir la défense de l'intérêt collectif de ses membres. La recevabilité d'une pareille action est donc subordonnée au respect d'une condition : l'intérêt que l'association se propose de défendre par son action en justice doit entrer dans son objet social.

A ce titre, la Cour de cassation a très récemment reproché aux juges du fond d'avoir déclaré l'action d'une association irrecevable sans rechercher si sa demande entrait dans le cadre de l'objet social donnant mission à ladite association, notamment, de prendre toute initiative judiciaire nécessaire à la défense des intérêts collectifs de ses membres (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 mai 2011, pourvoi n°10-11.863).

En tout état de cause, l'action suppose une atteinte à cet objet social. L'appréciation de l'atteinte est toutefois sujette à discussion. La question qui se pose est de savoir si les associations peuvent défendre les intérêts particuliers à certains de leurs membres qui ne s'identifieraient pas à l'intérêt de tous.

Sur ce point la jurisprudence est hésitante, elle admet parfois que l'intérêt collectif ne recouvre pas nécessairement celui de tous ses adhérents (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 juill. 1997, pourvoi n° 95-18.100), d'autre fois elle retient que l'intérêt collectif est celui éprouvé par l'ensemble de ses membres (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 nov. 2004, pourvoi n° 03-11.377).

Dans l'hypothèse où l'association agit pour l'intérêt individuel de ses membres, plusieurs conditions doivent être réunies pour que l'action soit recevable.

D'abord, l'association doit rapporter la preuve que son action entre dans le prolongement des atteintes subies par ses membres, cette preuve devant être faite par référence à l'objet statutaire de l'association (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1975, pourvoi n° 74-11.480). Autrement dit, lorsqu'elle agit pour la défense collective d'intérêts individuels, le pacte social doit indiquer que l'association peut agir en justice pour la défense des intérêts individuels de ses membres.

Ensuite, il est nécessaire que les statuts fassent expressément référence, au titre des moyens d'action retenus, à la possibilité d'ester en justice pour assurer la défense des intérêts individuels de ses membres (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 oct. 1978, pourvoi n° 77-11.979).

Enfin, l'action n'est possible que si les intérêts individuels des membres sont atteints (Cass. civ., 25 nov. 1929), mais contrairement à l'action dans l'intérêt collectif, il n'est pas nécessaire que l'intérêt de tous ses membres soit atteint.

**En troisième lieu**, l'association doit obligatoirement être représentée par une personne physique pour introduire son action en justice conformément à l'article 416 du CPC.

En l'absence de stipulations dans les statuts réservant expressément à un autre organe la capacité de décider de former une action en justice, une action ne peut être régulièrement engagée que par la personne tenant des mêmes statuts le pouvoir de représenter en justice cette association.

Dans le silence desdits statuts sur ce point, l'action ne peut être régulièrement intentée qu'après décision prise par l'assemblée générale (Cass. soc., 16 janv. 2008, pourvoi n° 07-60.126 ; CA Grenoble, 23 avr. 2012, RG n°07/04625). L'association doit en outre justifier du consentement exprès de ses membres de les représenter.

- **Les sujets en droit d'être mis sur le terrain judiciaire par les associations de franchisés**

Lorsqu'elles sont recevables à agir, les associations de franchisés se voient autorisées à formuler des demandes devant les juridictions. Il importe alors de s'intéresser aux sujets qu'elles sont en droit de mettre sur le terrain judiciaire.

**D'un point de vue temporel**, il convient de préciser qu'il importe peu que le préjudice invoqué par les associations de franchisés soit antérieur à la date de leur création.

La Cour de cassation l'a admis expressément le 14 février 1958 (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 février 1958, pourvoi n° 5.739) et réaffirmé dans son arrêt du 27 mai 1975 où elle a retenu :

*« Qu'en se constituant en comité de défense les intéressés n'ont pas entendu "rompre avec le passé" mais "au contraire continuer l'action entreprise en confiant à l'association la charge de soutenir les intérêts de chacun, tels qu'ils existaient déjà, au même titre que celle des intérêts qui apparaîtraient ultérieurement" »* (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1975, pourvoi n°74-11.480).

Autrement dit, les associations de franchisés sont en droit de solliciter tant la réparation d'un dommage subi postérieurement qu'antérieurement à leur constitution.

**D'un point de vue matériel**, doivent être distinguées les hypothèses selon lesquelles l'association de franchisés agit pour la défense de l'intérêt collectif ou de l'intérêt individuel de ses membres.

Lorsque l'action a pour finalité d'assurer la défense de l'intérêt collectif, l'association agit en vue d'obtenir la réparation d'un préjudice subi par l'ensemble de ses adhérents. Les questions soulevées à la juridiction doivent donc résulter d'une atteinte à l'intérêt collectif.

Il s'agit alors pour l'association de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice collectif, distinct de celui subi par chaque membre pris individuellement.

Ainsi, selon la jurisprudence de la troisième chambre civile, l'association doit nécessairement justifier *« d'un préjudice collectif, direct et personnel, distinct des dommages propres à chacun de ses associés »* (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 nov. 2004, pourvoi n° 03-11.377 ; v. aussi, en ce sens, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 mai 2011, pourvoi n° 10-11.863).

Ainsi, seules les demandes formées au titre d'une atteinte à l'intérêt collectif peuvent être soumises au juge. Sur ce fondement, la Cour d'appel de Paris a d'ailleurs pu juger qu'une association de franchisés était recevable à solliciter « *la réparation du préjudice collectif subi par l'ensemble des membres du réseau du fait de la désorganisation de celui-ci* » (CA Paris, 20 nov. 2008, RG n°03/07603).

La désorganisation du réseau s'appréhende ici comme un préjudice collectif, bien distinct de celui subi par les sociétaires.

Le Tribunal de commerce de Bobigny a lui admis, sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif, qu'une association de franchisés puisse solliciter que le franchiseur soit contraint à se conformer au contrat conclu avec chacun de ses membres (Trib. com. Bobigny, 29 janv. 2008, RG n° 2007F00373).

Il reste toutefois des domaines où, indépendant d'un intérêt collectif, les associations ne sont pas fondées à intervenir.

A l'instar des procédures collectives, la Cour de cassation a décidé qu'une association de franchisés n'était pas un « cocontractant » au sens de l'article 174 alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985 et qu'en conséquence son appel du jugement ayant ordonné la cession des contrats de franchise était irrecevable (CA Paris, 15 déc. 1992, RG n°92/015762).

Une telle décision doit être approuvée au plan de la technique juridique.

**Dans l'hypothèse où l'action a pour finalité la défense de l'intérêt personnel de ses membres,** l'association va agir en lieu et place de ses adhérents afin d'obtenir la réparation du préjudice subi personnellement par chacun d'eux.

Dans ce cas de figure, l'association peut, selon un principe ancien en procédure civile « *faire par voie d'action collective ce que chacun de ses membres peut faire à titre individuel* » (Cass. civ., 23 juill. 1918).

Il semblerait ainsi que les associations de franchisés soient en droit de mettre sur le terrain judiciaire les mêmes sujets que les franchisés. Par exemple, une association de franchisés pourrait agir sur le fondement d'un contrat de franchise à l'égard du franchiseur, comme le peut le franchisé à titre individuel.

Or, cette faculté n'est pas sans soulever des difficultés, notamment au regard du principe de l'effet relatif des contrats.

En outre, une difficulté apparaît eu égard à la possibilité de faire coexister l'action associationnelle et l'action individuelle des membres.

L'adhésion à l'association n'implique de la part des sociétaires, aucune abdication de leurs droits, chacun d'eux conservant le libre exercice de leur action individuelle (Cass. civ. 23 juillet 1918 et 25 novembre 1929).

Ajoutons que la défense collective de l'association peut alors s'ajouter aux initiatives individuelles prises par les adhérents.

Or, dans la mesure où ces associations sont constituées pour la défense des intérêts de leurs membres, et qu'elles paraissent agir en qualité de mandataire, elles ne devraient pouvoir porter sur le terrain judiciaire que les droits que leurs mandants n'ont pas eux-mêmes exercés.

D'ailleurs, en matière sociale, lorsque le syndicat a agi à la place d'un salarié et que ce dernier intervient en cours d'instance, le salarié devient partie au procès et le syndicat perd alors sa qualité à agir, sauf à agir également sur le fondement de l'intérêt de la profession.

\*\*\*\*

On le voit, la question de l'action en justice engagée par les associations de franchisés a de quoi soulever maintes questions d'ordre juridique, auxquelles la jurisprudence apporte des solutions désormais fournies et utiles à la compréhension de ces contentieux souvent techniques.

L'examen des décisions qui viennent d'être rappelées montre les écueils à éviter et l'importance que peut revêtir la procédure civile dans la conduite du procès, si l'on en doutait encore ...

**François-Luc SIMON**

Associé-Gérant

Docteur en droit

Membre du Collège des Experts de la FFF

## PRATIQUE : Les indicateurs de performance d'un franchiseur

La rentrée peut être un moment propice à la réflexion, notamment pour un franchiseur en phase de développement.

De retour de congé et plein d'énergie positive accumulée, le mois de septembre est la période durant laquelle les services comptables et financiers s'apprêtent à boucler les budgets, préparent la prochaine clôture annuelle et envisagent également de nouveaux projets tels que par exemple la mise en place de reporting.

La mise en place d'un reporting est un travail délicat. Il se doit d'être construit en fonction des différentes activités que l'on peut avoir et en fonction des personnes à qui il est destiné. L'essentiel est que cet outil devienne synonyme de performance. Pour cela, il faut définir des indicateurs qui serviront à la Direction pour le pilotage du groupe.

Il est nécessaire d'établir des indicateurs qui ne soient pas trop nombreux afin d'avoir une synthèse simple et immédiatement perceptible.

Ils vont permettre de réaliser une analyse comparative qui sera un levier d'animation et de performance du réseau.

Du fait de la multiplicité des réseaux et des problématiques rencontrées, il a été décidé volontairement de présenter des indicateurs applicables à tous. Ces indicateurs, sur un plan financier, peuvent se définir autour des notions suivantes :

- la marge,
- la rentabilité,
- et la trésorerie.

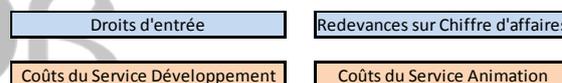
La mise en place et le suivi de ces indicateurs nous semblent d'autant plus nécessaires qu'il existe une obligation de transparence mutuelle entre franchiseur et franchisés.

« Le franchiseur ne peut exercer son devoir d'assistance que s'il a accès aux chiffres pertinents qui lui permettront : d'identifier les forces et faiblesses de chaque membre du réseau, de mettre en œuvre ou de proposer toutes actions appropriées ».

### 1. La gestion de la marge

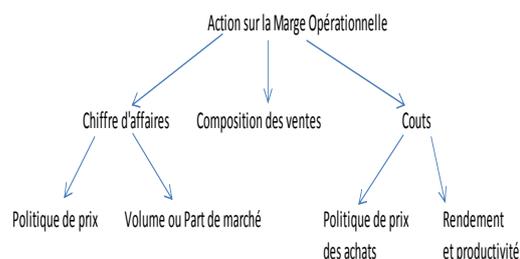
La marge est appréhendée en fonction des activités du franchiseur. Nous nous sommes volontairement placés dans le contexte où le franchiseur a une activité de produits (centrale d'achat pour le réseau) et une activité de services (activité propre du franchiseur).

En ce qui concerne, l'activité de franchiseur à proprement parler, les éléments suivants doivent être mis en exergue :



Pour ce qui concerne, l'activité de centrale d'achat, la marge opérationnelle ou marge d'exploitation (PCG Art. 511-7 et 532-7) se définit par la différence entre le chiffre d'affaires et les coûts directement imputables à l'activité (les achats liés aux ventes mais également les frais accessoires tels que les coûts de transport par exemple).

Piloter par la marge opérationnelle signifie pouvoir influencer sur ces différentes composantes :



En d'autres termes, il faut vendre au « bon » prix, étudier les différents produits pouvant être vendus, rechercher les fournisseurs les plus performants, tenir compte de la concurrence. Les éléments présentés dans le schéma ci-dessus sont des éléments qui permettent d'avoir un effet de levier. Mais cela ne fait pas tout. Il faut avoir à sa disposition des « clignotants » qui permettent d'alerter et de pouvoir réaliser des études à la fois sur un plan quantitatif (comme par exemple la variation du chiffre d'affaires sur une période donnée) mais aussi sur un plan qualitatif.

Ainsi, il faut déterminer quels sont les effets de chaque composante sur la marge.

Il doit y avoir par exemple, une analyse du chiffre d'affaires entre la partie produits et services pour mesurer la performance analytique de chaque composante de l'activité.

Cette analyse peut se faire par la méthode du Levier Opérationnel (LO) « qui permet de connaître la sensibilité du résultat en fonction de la fluctuation de l'activité ».

Prenons l'exemple d'un franchiseur dont 85% de l'activité est réalisée par l'activité vente de produits et comme hypothèses suivantes :

Chiffre d'affaires (Produits&Services)	A	100
Charges variables	B	60
<b>Marge sur cout variable</b>	<b>C=A-B</b>	<b>40</b>
Charges fixes	D	30
<b>Résultat</b>	<b>E=D-C</b>	<b>10</b>
<b>Levier Opérationnel</b>	<b>F=C/E</b>	<b>4</b>

Nous allons étudier le Cas N°1 (une diminution de l'activité générale de 1%) et le Cas N°2 (une diminution de l'activité produit de 10%).

		Cas N°1 Diminution de l'activité de 1%.	Cas N°2 Diminution de l'activité produits de 10%.
Chiffre d'affaires	A	99	91,5
Charges variables	B	59,4	54,9
<b>Marge sur cout variable</b>	<b>C=A-B</b>	<b>39,6</b>	<b>36,6</b>
Charges fixes	D	30	30
<b>Résultat</b>	<b>E=D-C</b>	<b>9,6</b>	<b>6,6</b>

Dans le Cas N°1, un levier opérationnel de 4 (F) signifie que si le chiffre d'affaires diminue de 1%, le résultat diminue dès lors de 4%.

Dans le Cas N°2, une diminution de 10% de l'activité produit implique une diminution de 34% du résultat.

Il est opportun dans ce cas-là de pouvoir réfléchir à une meilleure répartition du mix produits/services afin de limiter les impacts de ladite activité.

De ce chiffre d'affaires (CA), on va déduire le montant du seuil de rentabilité (SR), soit CA-SR, et on va connaître la marge de sécurité (MS), soit la baisse éventuelle de CA, en valeur, que peut supporter le franchiseur sans subir de pertes.

En rapportant cette marge de sécurité au CA (MS/CA), il l'obtiendra en pourcentage du CA, c'est

l'indice de sécurité (IS) qui permet également de connaître le coefficient du levier opérationnel en appliquant la formule  $LO=1/IS$ . La connaissance de ce levier opérationnel par rapport au chiffre d'affaires est essentielle pour permettre au franchiseur d'envisager sa rentabilité et d'assurer son développement.

## 2. La gestion de la rentabilité

Il convient de considérer deux types de rentabilité :

- la rentabilité économique,
- la rentabilité financière.

La rentabilité économique mesure la performance économique de l'entreprise, la rentabilité des capitaux investis.

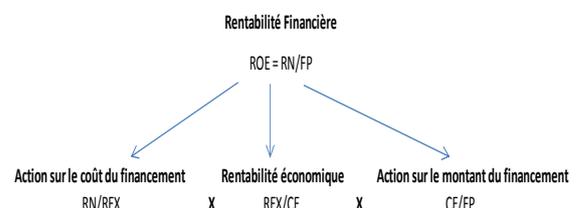
C'est, en effet, à partir du résultat d'exploitation que l'on va connaître la rentabilité économique de l'entreprise, ou ROA (« Return On Assets »), en faisant le rapport  $ROA = \text{résultat d'exploitation} / \text{capitaux investis}$ .

Les capitaux investis étant la somme des immobilisations brutes d'exploitation + le BFR (Besoin en Fonds de Roulement).

La rentabilité financière quant à elle est la rentabilité attendue des actionnaires : ce sont les revenus créés par les fonds apportés (ou laissés à disposition) i.e. la rentabilité des capitaux propres.

On parle dans ce cas de ROE « Return on Equity » calculé de la manière suivante :  $ROE = \text{Résultat net} / \text{Capitaux propres}$ .

Ce qui est particulièrement intéressant c'est que la rentabilité financière est en réalité composée de la manière suivante :



Sa décomposition permet de comprendre que l'optimisation de la rentabilité financière passe par la juste adéquation entre la rentabilité économique et l'endettement.

### 3. La gestion de la trésorerie

Rechercher la performance financière passe par la parfaite maîtrise de la trésorerie. La notion du besoin en fonds de roulement (BFR) est ainsi primordiale.

Par exemple, pour l'activité de centrale d'achat, il faut gérer les approvisionnements au plus juste.

Il faut dès lors :

- ne pas trop acheter au risque d'avoir trop de stock (trésorerie immobilisée) et de le perdre (périssable), ou d'avoir des invendus (effet de mode ou obsolescence),
- ne pas trop vendre au franchisé avec le risque qu'il ne vende pas la quantité qu'il a pu commander et donc qu'elle se perde ou éventuellement de devoir faire face à des négociations de rachat éventuel, ou encore d'immobiliser sa trésorerie,
- vendre au mieux, c'est-à-dire de conseiller au plus juste le franchisé sur la qualité de ses achats en fonction de la période, de son implantation, de son potentiel, afin de ne pas être confronté, aussi, au fait que le franchisé puisse acheter ailleurs, en cas de manque.

La trésorerie devra être suivie notamment à l'aide des indicateurs de délai de règlement, de délai d'encaissement et enfin du délai de rotation :

<b>Délai de Règlement Fournisseur</b>
$\frac{\text{Montant des dettes à la fin d'une période} \times 360j}{\text{Achats TTC}}$
<b>Délai d'Encaissement client</b>
$\frac{\text{Montant des créances à la fin d'une période} \times 360j}{\text{Chiffre d'affaires TTC}}$
<b>Délai de Rotation des Stocks</b>
$\frac{\text{Montant des Stocks à la fin d'une période} \times 360j}{\text{Prix d'achat des marchandises vendues TTC}}$

Le besoin en fonds de roulement dépend des éléments ci-dessus. En effet il s'obtient en appliquant la formule suivante : Stocks + Créances clients - Dettes fournisseurs. Les besoins financiers nécessaires à l'exploitation seront analysés au travers du ratio de BFR, soit  $\text{BFR} \times 360 / \text{CA TTC}$ , en nombre de jours de chiffre d'affaires.

Comme cette notion de BFR est très souvent mal maîtrisée par les néo-entrepreneurs que sont certains franchisés, ce besoin doit être suivi précisément par le franchiseur, à travers le prévisionnel des candidats, les budgets et les reportings mensuels. Un développement important et non maîtrisé

de l'activité peut s'avérer être destructeur de trésorerie du fait de l'augmentation du BFR.

Pour conclure, il est important de pouvoir disposer de ces différents outils afin de piloter correctement son activité.

C'est toute la force du réseau, et c'est ce qui manque à un acteur indépendant qui ne dispose - outre le savoir-faire - que de peu d'informations, et d'aucun élément de comparaison.

Ainsi, en maîtrisant ces indicateurs, le franchiseur pourra les imposer au sein de son réseau par la mise en place d'un système d'information pertinent. Il disposera d'une base de données, essentielle à son équilibre.

A l'aide des indicateurs référents, il détermine des moyennes, des statistiques afin de pouvoir établir des classements (10 meilleurs et 10 moins bons), des groupes par secteur de distribution (centres villes ou implantés dans des centres commerciaux), par zone géographique (métropole régionale, ville supérieure de +/- 40 000 habitants...), par surface moyenne... « Il devient (...) particulièrement intéressant d'analyser les points faibles de chaque magasin et de les comparer aux ratios référents du réseau ».

Cette analyse s'apparente bien à un benchmark des adhérents, c'est à dire « d'un très bon niveau de performances atteint par des acteurs dans un secteur, et qui sert de référence aux acteurs moins performants, pour essayer d'amener leurs propres performances au niveau de celles du benchmark ».

Réaliser une telle étude, une telle analyse est en soi, mais pas seulement, un contrôle des performances. C'est aussi mettre en place un plan de progrès, permanent, et cela justifie pleinement d'imposer ce type de remontées d'informations dans les contrats de franchise.

Toutes les parties du réseau bénéficieront de cette collecte d'informations aussi bien du côté des franchisés que du franchiseur en détectant les anomalies, en analysant les raisons pour lesquelles les plus performants sont au-dessus des ratios moyens afin d'en faire bénéficier les autres adhérents et ainsi améliorer la performance globale du réseau.

**Frédéric DESSERT**

Expert-comptable diplômé

Directeur de Mission - Cabinet FB Conseil-FB Audit

## DISTRIBUTION

### CA Colmar, 17 juill. 2012, RG n°09/06006

L'application du statut d'agent commercial

L'agent commercial est « *un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage (...), est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* » (article L. 134-1 du Code de commerce). En cas de cessation de ses relations commerciales avec le mandant, l'agent commercial a droit « *à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* » (article L. 134-12 du Code de commerce).

En l'espèce, la société G. avait conclu un contrat d'agent commercial avec M. Z. afin de confier à ce dernier un mandat de représentation commerciale de la marque B. ; la société G. met un terme à leur relation en respectant un délai de préavis de trois mois, mais M.Z. oppose l'application de l'article L. 134-12 du Code de commerce pour obtenir la réparation du préjudice subi.

La société G. dénie à M. Z. la qualité d'agent commercial que lui attribue le contrat, soutenant que sa mission était d'implanter de nouveaux distributeurs et de participer à l'animation du réseau mais qu'il n'était investi d'aucun pouvoir de négociation ; M. Z. ne disposait également pas du pouvoir de contracter au nom et pour le compte de la société G.

Pour rejeter l'application des dispositions protectrices attachées au statut d'agent commercial, les juges du fond relèvent que « *l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée* ». Ainsi, eu égard à la mission confiée à M. Z., et en dépit de la qualification donnée au contrat, M. Z. n'a pas exercé d'activité d'agent commercial et ne peut prétendre au versement de l'indemnité de l'article L. 134-12 du Code de commerce.

### CA Versailles, 3 juill. 2012, RG n°10/08577

Rupture de relations commerciales établies

L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoit qu'engage sa responsabilité celui qui rompt brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans respecter une durée minimale de préavis tenant compte de la durée de la relation commerciale ; lorsque la relation porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale du préavis à respecter est double.

En l'espèce, une centrale de référencement d'un groupe de distribution était en relation depuis 1994 avec un négociant concernant l'achat de vins rosés ; à partir de 2002, les produits sont directement achetés auprès de l'exploitant. En mars 2007, la centrale informe ce dernier que ses produits deviendront des « produits saisonniers » ; début 2008, elle lui annonce la cessation de leur relation à la fin de l'été. L'exploitant demande l'indemnisation du préjudice subi du fait de la prétendue rupture brutale de la relation commerciale établie.

Les juges du fond considèrent que le testage annuel des millésimes vise à en contrôler la qualité mais ne revient pas à une mise en concurrence annuelle susceptible de remettre en cause le caractère établi de la relation.

Bien que l'exploitant et la centrale aient indirectement été en relation depuis 1994, seule la durée de leur relation « directe », soit six ans, doit être prise en considération pour évaluer la durée du préavis à respecter. Il ne peut par ailleurs être reproché à la centrale d'avoir continué à passer des commandes auprès de l'exploitant durant la période de préavis, ce qui s'explique d'autant plus en raison du caractère saisonnier du produit.

Enfin, les juges considèrent que l'habillage spécifique des bouteilles, qui n'avait pas été demandé par la centrale, ne justifie en rien le fait que la durée du préavis à respecter doive être doublée puisque la qualification de « produit sous marque de distributeur » n'avait pas lieu d'être retenue.

**CA Paris, 27 juin 2012, RG n°11/01181**

Le pouvoir modérateur du juge face à une clause pénale

Une clause pénale a pour effet de sanctionner une partie du manquement à ses obligations et s'applique du seul fait de cette inexécution.

Le juge dispose de la faculté de modérer ou d'augmenter la peine dans l'hypothèse où son montant apparaît manifestement excessif ou dérisoire eu égard au préjudice effectivement subi.

En l'espèce, un contrat de fourniture de boissons a été conclu comportant, pour le débitant, une obligation d'approvisionnement exclusif dans les volumes conventionnellement définis. Une clause prévoyait qu'en cas d'inexécution de l'une de ses obligations, le débitant pourrait être amené à payer au distributeur « *des dommages et intérêts qui ne sauraient être inférieurs à un montant fixé*

*forfaitairement à 20% du chiffre d'affaires à réaliser dans les produits désignés ».*

S'il n'est pas contesté que la non-réalisation des volumes d'approvisionnement entraîne la résiliation du contrat, le montant de l'indemnité due par le débitant pose en revanche quelques difficultés...

Les juges du fond ont ainsi constaté que les quantités de chiffre d'affaires à réaliser, base de la clause pénale, étaient visiblement excessives par rapport aux capacités réelles du débitant.

Il appartient donc dans ce cas au juge d'user de son pouvoir d'appréciation pour limiter le montant de l'indemnité due à 20% du chiffre d'affaires moyen réalisé par le débitant.

**Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n°11-16.109**

Rupture de relations commerciales établies

En l'espèce, la société M., agent commercial, conclut un contrat d'agence avec la société S., filiale de la société F. ; cette dernière se montre cependant très présente dans les relations qu'entretiennent le mandant, la société S., et l'agent commercial.

Un terme est finalement mis au contrat ; la société mère ayant défini une nouvelle politique qui a conduit à la rupture des relations qu'entretenaient sa filiale avec la société M. depuis une trentaine d'années.

L'agent commercial assigne la société S. et la société mère afin d'obtenir leur condamnation au paiement des commissions dues par la filiale, et en dommages et intérêts en réparation de la rupture de son contrat d'agent commercial qui le liait à la société S.

La cour d'appel fait droit à la demande de l'agent commercial et déclare la société F. solidairement responsable des condamnations prononcées à l'encontre de la société S. au titre des préjudices subis par l'agent commercial.

Les juges du fond se fondent sur plusieurs éléments : les nombreuses correspondances adressées directement par la société mère aux lieux et place de la filiale à l'agent commercial concernant leur relation contractuelle, les courriers écrits sur du papier à entête des sociétés S. et F. mais signés

par le dirigeant de la société mère, les discussions concernant la renégociation du contrat d'agence conclu entre l'agent commercial et la société S. mais qui étaient directement menées par la société M. et à l'initiative des dirigeants de cette dernière.

Ainsi, selon la Cour d'appel, tous ces éléments caractérisaient l'immixtion de la société mère dans les relations entretenues entre la filiale et l'agent commercial.

La société mère disposait d'une autorité de fait sur les responsables de la filiale avec laquelle elle agissait en interdépendance et avait commis une faute personnelle à l'encontre de la société M. et à l'origine des préjudices subis par cette dernière, en définissant une nouvelle politique commerciale, imposée à la filiale, au détriment de l'agent, ce qui avait conduit à la rupture de leurs relations.

Or, selon la Cour de cassation, en adoptant une telle position, les juges du fond n'ont pas constaté que l'immixtion de la société mère avait été de nature à créer, pour l'agent commercial, une « *apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son co-contractant* ».

Il est donc nécessaire, pour la Cour Suprême, que le créancier démontre le fait que les apparences étaient trompeuses !

## CONCURRENCE ET PRATIQUES COMMERCIALES

### Ord. Réf., T. com. Quimper, 23 août 2012, inédit

La violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle

Le juge des référés peut ordonner la cessation d'une activité intervenue en violation manifeste d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise.

Les faits de l'espèce, soumis au Tribunal de commerce de Quimper statuant en référé, étaient relativement simples.

Le contrat de franchise conclut entre les parties contenait une clause de non-concurrence post-contractuelle, laquelle interdisait au franchisé d'exercer une activité similaire pendant un an, dans le local dans lequel il exploitait l'enseigne du franchiseur.

Il s'agit d'une clause tout à fait classique, tel que rappelé par la jurisprudence à plusieurs reprises (Cour d'appel de Rennes, 17 janvier 2012, RG n° 10/07801 ; Com., 24 novembre 2009, n° 08-17.650 ; Cour d'appel de Paris, 28 mai 2008, RG n° 06/00426 ; Cour d'appel de Versailles, 12 juin 2003, RG n° 01/06605).

Il est néanmoins à noter que cette clause de non-concurrence est beaucoup moins restrictive que celles figurant dans la plupart des autres contrats de distribution qui contiennent des interdictions plus larges, s'étendant à tout un département, toute une région, voire au territoire national.

Le contrat ne devant pas se renouveler automatiquement à l'arrivée de son terme initial, le franchiseur a adressé une nouvelle proposition de contrat à son partenaire afin que leur relation se poursuive.

Après plusieurs relances restées sans réponse adressées par le franchiseur, le franchisé a refusé de signer le nouveau contrat qui lui avait été proposé.

Ce dernier a alors adressé un courrier à son partenaire pour l'informer du fait que le contrat les liant s'était définitivement terminé et qu'il cessait ainsi de faire usage de l'enseigne. Or, quelques semaines après avoir cessé leur relation, l'ancien franchisé a ré-ouvert le magasin mais en utilisant une enseigne concurrente.

Le franchiseur a alors assigné son ancien partenaire devant le juge des référés afin que soit constatée la violation de la clause de non-concurrence telle que prévue dans le contrat de franchise et qu'il soit ordonné à l'ex-franchisé de cesser son activité et plus généralement toute activité similaire à celle exercée par le franchiseur. Le franchisé a en vain tenté de remettre en cause la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle devant le juge des référés (I), ce dernier, en tant que juge de l'évidence ne disposant pas d'un tel pouvoir (II).

#### I - La remise en cause de la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle

L'ex-franchisé, qui ne conteste pas avoir violé la clause, tente en vain de contester la validité de la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de franchise et oppose ainsi la nullité de celle-ci.

#### ➤ Un argument inopérant devant le juge des référés

L'argument soulevé par le franchisé est inopérant devant le juge des référés dans la mesure en effet où celui-ci n'a pas le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat ou de l'une de ses clauses (Soc., 28 février 2007, n° 06-41.381).

Ainsi, un contrat et les clauses qu'il contient sont présumés valables jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur validité par les juges du fond (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2004, n° 00-16.392). Un franchisé ne peut donc pas se soustraire à l'application d'une clause de non-concurrence post-contractuelle en prétendant que celle-ci serait nulle devant le juge des référés.

Le Président du Tribunal de commerce de Quimper a rappelé ce principe par une ordonnance rendue le 23 août 2012 qui, à ce titre, retient : « *qu'il n'est pas sérieusement contestable qu'elle [la clause de non-concurrence] n'a pas été respectée, la défenderesse se contentant d'en discuter la validité, appréciation qui échappe par nature à la compétence du juge de l'évidence* » [nous soulignons].

➤ *Au surplus, une clause tout à fait valide*

Il est de plus à noter que la validité de cette clause ne fait aucun doute en l'espèce.

En effet, d'une part, le franchiseur possède un intérêt légitime à l'insertion d'une telle clause dans le contrat de franchise, celle-ci étant justifiée par la nécessité pour le franchiseur de conserver sa clientèle, de protéger le réseau et d'éviter que le savoir-faire transmis au franchisé ne soit détourné par ce dernier. D'autre part, la clause est parfaitement proportionnée à l'intérêt légitime du franchiseur dans la mesure où elle lui interdit seulement d'exercer une activité concurrente, similaire à la sienne, et la clause est limitée dans le temps (un an à partir de la rupture du contrat) et dans l'espace (interdiction d'exercer limitée au local).

La clause de non-concurrence insérée dans le contrat de franchise remplit donc les exigences posées par la jurisprudence pour reconnaître la validité de ce type de clause (Cour d'appel de Rennes, 17 janvier 2012 ; Com., 24 novembre 2009), et respecte de plus les prescriptions posées par le droit communautaire dans ce domaine. Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 prévoit que sont incontestablement valables, les obligations de non-concurrence post-contractuelles qui sont limitées au local à partir duquel le franchisé a exercé ses activités pendant la durée du contrat et dont la durée est limitée à un an (Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, article 5.3).

## **II - Les pouvoirs du juge des référés en cas de violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle**

Le juge des référés intervient pour ordonner les mesures qui s'imposent en cas de violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle.

➤ *La violation de la clause*

La clause de non-concurrence post-contractuelle a été manifestement violée par l'ancien franchisé lequel, après avoir fermé son magasin durant quelques semaines, l'a finalement ré-ouvert pour pratiquer une activité similaire à celle sous laquelle il exerçait lorsqu'il était en relation avec le franchiseur, mais sous une enseigne concurrente.

➤ *Les pouvoirs du juge des référés*

Or, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence à plusieurs reprises en matière de violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle, il appartient dans ce cas au juge des référés de faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue cette violation et d'ordonner, sous astreinte, la cessation de l'activité concurrente jusqu'à la date d'expiration de la clause de non-concurrence (Cour d'appel de Douai, 9 avril 2009, n° 08/09221 ; Cour d'appel de Paris, 9 janvier 2009, n° 08/00272).

Ainsi, la Cour d'appel de Nancy l'a très justement rappelé, dans un arrêt rendu le 13 mars 1991, concernant la violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle en relevant que :

*« en présence d'une clause claire et précise, dont la violation est incontestée et susceptible de causer un préjudice commercial à la société C., il y a lieu de faire cesser ce trouble manifestement illicite ;*

*Qu'il convient d'interdire à M. L. de poursuivre son activité au profit de la société S., sous astreinte (...).* »

(Cour d'appel de Nancy, 3 mars 1991, Juris-data n° 1991-041094).

La violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle par l'ancien franchisé porte de plus atteinte aux intérêts du franchiseur à plusieurs égards, notamment par le détournement de la clientèle attachée au réseau du franchiseur, par la confusion créée à l'égard du public, ou encore par l'affectation de l'image de l'enseigne du franchiseur. Le préjudice dont souffre le franchiseur n'était donc pas sérieusement contestable et justifiait le fait que l'injonction faite à l'ancien franchisé soit ordonnée sous astreinte.

Ainsi, au vu des éléments qui précèdent, le Tribunal de commerce de Quimper statuant en référé a, par une ordonnance rendue le 23 août 2012, et vu l'urgence de la situation, constaté la violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle et a ordonné au franchisé, sous astreinte, de cesser son activité et, plus généralement, toute activité de vente de mobilier et d'équipement de cuisine, identique ou similaire à celle qu'il exerçait auparavant. Une telle interdiction concerne uniquement le local dans lequel le franchisé exerçait son activité et durera jusqu'à l'expiration du délai prévu dans la clause de non-concurrence.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 2012, n°11-18.807**  
La vente d'ordinateurs avec logiciels pré-installés

La vente d'ordinateurs avec logiciels pré-installés constitue-t-elle une pratique illicite au regard du droit de la consommation ?

Le débat n'est pas nouveau et a fait l'objet de nombreuses décisions, sans que la jurisprudence ne parvienne cependant à se mettre d'accord.

Ce type de vente a ainsi été poursuivi sur le terrain des ventes liées ou subordonnées, sanctionnées par l'article L. 122-1 du Code de la consommation qui interdit de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ».

Mais cette interdiction générale a été jugée incompatible avec le droit communautaire (CJCE, 23 avril 2009, aff. jointes n° C-261/07 et C-299/07, Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV, la CJCE ayant considéré qu'une disposition de droit belge fixant une interdiction de principe de toute offre conjointe était incompatible avec les dispositions de la Directive n° 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales) et la vente liée est désormais interdite uniquement lorsqu'elle constitue une pratique commerciale déloyale, voire trompeuse, et peut donc dans ce cas être poursuivie sur le terrain des articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation (les pratiques commerciales trompeuses définies par l'article L. 121-1 du Code de la consommation constituant notamment une pratique commerciale déloyale).

Ainsi, dans un arrêt remarqué rendu le 12 juillet dernier (Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2012, n° 11-18.807), la Première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu le 5 mai 2011 par la Cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 5 mai 2011, n° 09/09169) qui avait considéré que la vente d'un ordinateur avec logiciels pré-installés constituait une pratique commerciale déloyale **(I)**, ce que la Cour de cassation a refusé **(II)** ; l'arrêt rendu par la Cour Suprême, qui fait suite à une décision rendue le 6 octobre 2011 par la même formation mais dans une autre affaire (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2011, n° 10-10.800), semble ainsi apporter de nouvelles précisions dans ce domaine **(III)**.

**I - La vente d'un ordinateur avec logiciels pré-installés : une pratique commerciale déloyale**

Selon l'article L. 120-1 du Code de la consommation :

*« une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».*

Les juges du fond ont ainsi pu considérer que ces conditions étaient remplies s'agissant de la vente par internet, par la société HP, d'ordinateurs pré-équipés d'un système d'exploitation.

- Une pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle.

Le fait de vendre des ordinateurs sans préciser le prix des logiciels les composant et sans offrir aux consommateurs la possibilité d'acquérir l'ordinateur « nu » (sans logiciels pré-installés) moyennant une déduction du prix correspondant au montant des logiciels non acquis est une pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle.

En effet, une telle pratique a pour effet de priver le consommateur d'exercer un réel choix dans la mesure où il peut seulement accepter ou refuser la licence, mais doit dans ce cas retourner l'ensemble du produit et exposer des frais de retour.

Or, il n'existe aucun obstacle technique à l'absence de proposition sans pré-installation.

Enfin, sur le site destiné au grand public, le consommateur, d'une part, n'est pas averti de la possibilité d'acquérir l'ordinateur sans système d'exploitation, et d'autre part, ne possède aucune information sur le prix des composants de l'ordinateur.

- Une pratique altérant, ou susceptible d'altérer, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Les informations portant sur la valeur des éléments composant l'offre de vente avec pré-installation concerne des éléments substantiels, à savoir le prix des logiciels.

Ainsi, le fait de ne pas informer le consommateur sur ces composants influe sur le choix de ce dernier, lequel ne peut en effet pas faire de comparaisons avec d'autres propositions concernant l'ordinateur « nu » ou les logiciels.

En raison de ce manque de précisions, le consommateur peut ainsi être poussé à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise s'il avait notamment eu connaissance de la valeur de tous les éléments composant l'offre qui lui était faite.

Une telle pratique altère donc le comportement économique du consommateur.

Les juges du fond constatant ainsi l'existence d'une pratique commerciale déloyale avaient enjoint au distributeur d'indiquer le prix des logiciels pré-installés sur les ordinateurs et ordonné la cessation de la vente d'ordinateurs pré-équipés de logiciels sans offrir aux consommateurs la faculté d'y renoncer.

## II - La vente d'un ordinateur avec logiciels pré-installés : une pratique licite (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2012)

La première civile de la Cour de cassation, dans l'arrêt rendu le 12 juillet 2012, a cassé la décision rendue par la Cour d'appel de Versailles le 5 mai 2011, relevant simplement le fait que :

*« le consommateur pouvait en s'orientant sur le site dédié aux professionnels trouver des ordinateurs « nus », mais que l'installation d'un système d'exploitation libre restait une démarche délicate dont elle ne pouvait pas garantir la réussite ».*

Ainsi, selon la Cour de cassation, il convient de tenir compte de l'offre commerciale globale du distributeur et considérer que, dès lors que ce dernier peut avoir facilement accès à la possibilité d'acquérir un ordinateur sans système d'exploitation, et dispose ainsi d'une alternative, la qualification de pratique commerciale déloyale n'a dans ce cas pas lieu d'être retenue.

## III - Les apports de la décision

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 juillet 2012 semble compléter la décision rendue par la Cour Suprême le 6 octobre 2011, ces décisions ayant été rendues dans des contextes différents.

Dans l'arrêt rendu le 6 octobre 2011, dans lequel était mise en cause la société Darty, la Cour de cassation a considéré que les informations relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels et à son prix sont de celles que le vendeur professionnel doit fournir au consommateur moyen pour lui permettre de s'engager en connaissance de cause (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2011, n° 10-10.800).

Ainsi, à la lumière des dernières décisions rendues par la Cour de cassation, il semblerait que le professionnel puisse proposer la vente d'ordinateur avec logiciels pré-installés, à condition que le consommateur dispose également, même indirectement (en se rendant sur un autre site), de la possibilité d'acquérir l'ordinateur nu et que le consommateur possède toutes les informations relatives aux caractéristiques principales de l'ordinateur et des logiciels. Cette dernière exigence n'a cependant pas été rappelée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 12 juillet 2012.

Une distinction devrait donc être faite : lorsqu'un ordinateur est vendu par un simple revendeur, le consommateur devrait disposer d'une information complète sur les caractéristiques de l'ordinateur pré-équipé afin qu'il puisse exercer son choix en connaissance de cause ; en revanche, lorsque le matériel informatique est vendu en ligne par une société spécialisée en informatique, il est alors nécessaire que le consommateur soit informé de l'existence d'une alternative lui permettant d'acquérir l'ordinateur sans logiciel pré-installé.

Il peut dès lors paraître paradoxal d'exiger du simple revendeur qu'il fournisse des informations complètes sur les caractéristiques principales de l'ordinateur alors qu'une telle exigence n'est pas rappelée au revendeur spécialisé. Sans doute une telle distinction pourrait-elle s'expliquer en raison du public visé : le consommateur qui visite le site internet d'une société spécialisée serait plus averti que celui qui se rend dans une grande surface, lequel aurait donc besoin de davantage d'informations.

Il conviendra de vérifier lors des prochaines décisions qui seront rendues dans ce domaine si ce courant jurisprudentiel se confirme...

**CA Paris, 27 juin 2012, RG n°10/04245**

## Procédés déloyaux utilisés pour justifier la rupture de relations commerciales

En l'espèce, quatre célèbres sociétés de parfums fabriquent et vendent du parfum par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective et sont à ce titre en relation avec la société N.P., distributeur agréé. Les parties étaient en relations depuis de nombreuses années et, aux termes des différents contrats qui les liaient, la société N.P. était tenue de ne vendre les produits qu'à des consommateurs directs et sur son point de vente agréé exclusivement et les ventes aux comités d'entreprises étaient soumises au respect de conditions particulières.

Le distributeur souhaite créer un site internet pour vendre ses articles en ligne et, conformément à ses obligations contractuelles, il demande l'agrément de ses partenaires mais aucune réponse ne lui est apportée ; il reçoit en revanche des courriers rédigés en termes identiques de la part de chacun des parfumeurs, pour lui indiquer qu'ils résilient leurs contrats en raison des différents manquements commis par le distributeur à ses obligations contractuelles (ventes réalisées hors du point de vente agréé, ventes par correspondance et à des comités d'entreprises ne respectant pas les termes des contrats). Les parfumeurs se fondaient sur différents procès-verbaux.

Le distributeur a assigné ses partenaires, soulevant le caractère anticoncurrentiel de leur refus et la rupture brutale et abusive de leurs relations. La Cour d'appel revient sur la position des premiers juges. Le silence gardé par les parfumeurs suite à la

réception de la maquette du site du distributeur équivaut à un refus d'autorisation.

Or, dans le cadre d'un système de distribution sélective, de tels refus ayant pour conséquence l'interdiction d'utiliser Internet pour les ventes de produits constituent des pratiques restrictives de concurrence par objet au sens des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce, ces interdictions n'étant pas justifiées eu égard aux propriétés des produits en cause (aucune demande indemnitaire n'est cependant demandée par le distributeur sur ce fondement). Les juges du fond relèvent ensuite que les constats d'huissier avaient en réalité été effectués, non pas par un huissier, mais par une tierce personne, laquelle s'est fausement présentée comme un acheteur, ce qui constitue une provocation à enfreindre les contrats de distribution sélective et, par conséquent, une manœuvre déloyale.

Les constats étant ainsi écartés, aucune pièce ne permet de justifier la résiliation des contrats intervenue sans préavis : la rupture brutale des relations est donc établie sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Le distributeur a ainsi été indemnisé en raison du préjudice subi mais les juges du fond n'ont pas ordonné sa réintégration au sein des réseaux de distribution des parfumeurs, considérant « *qu'il appartient au fabricant d'apprécier, au cas par cas, si les critères de sélection sont satisfaits par le postulant, au regard de critères diversifiés* ».

**CA Colmar, 12 juin 2012, RG n°12/01150**

## Publicité comparative

Selon l'article L. 121-8 du Code de la consommation, la publicité comparative est licite, à condition toutefois : qu'elle ne soit pas trompeuse ou de nature à induire en erreur, qu'elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou au même objectif et qu'elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives du bien ou du service et dont le prix fait partie.

Le périmètre de la publicité comparative est librement choisi par son auteur mais il doit demeurer loyal ; la publicité ne doit pas laisser croire aux consommateurs que tous les produits de l'annonceur ont été pris en considération pour calculer le niveau général des prix et elle devient

trompeuse dès lors qu'il n'est pas mentionné que la comparaison a porté sur un échantillon de produits.

Le Groupement d'achat des centres Leclerc qui a effectué une publicité comparative sur le prix des produits en parapharmacie et une comparaison entre onze enseignes de grandes surfaces a ainsi été condamné car la publicité laissait à penser que la comparaison portait sur le niveau général des prix alors que seuls les prix d'un échantillon de produits non représentatifs avaient été étudiés.

Les juges ont également retenu le fait que les relevés de prix sur lesquels s'était fondé le groupement étaient erronés.

**Cass. crim., 26 juin 2012, pourvoi n°11-86.267**

Annonces de réduction de prix

L'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur prévoit que le prix de référence ne peut excéder « *le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur pour un article ou une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail ou site de vente à distance, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité* » (article 2 de l'arrêté).

Le commerçant doit ainsi être en mesure de justifier, en cas de contrôle effectué par les agents de l'Autorité de la Concurrence, par des notes, bordereaux, bons de commande, tickets de caisse ou tout autre document, de l'ensemble des prix effectivement pratiqués durant les trente jours précédents l'opération promotionnelle.

A défaut de pouvoir établir la réalité des prix affichés, le commerçant se rend coupable de pratique de nature à induire en erreur le consommateur et peut à ce titre être poursuivi sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation qui sanctionne les pratiques commerciales trompeuses.

En l'espèce, la société H. annonçait en vitrine et à l'extérieur du magasin, des réductions de prix allant jusqu'à 50 pour cent.

Or, suite à un contrôle effectué par les autorités compétentes, il s'est avéré que les prix mentionnés sur les tracts publicitaires ne correspondaient pas aux prix pratiqués au cours des trente jours précédents l'opération et que les taux de réduction de prix étaient totalement fictifs, les prix barrés n'ayant en réalité jamais été pratiqués.

La Cour de cassation, confirmant la position adoptée par les juges du fond, a ainsi condamné la société H. pour pratique commerciale déloyale après avoir rappelé que la conformité ou non de l'article 2 de l'arrêté du 31 décembre 2008 à la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales (conformité remise en cause par la société H. qui demandait à ce titre à ce qu'une question préjudicielle soit soumise à la CJUE), ne retirait pas aux faits leur caractère éventuel de délit de publicité ou de pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation.

**CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10**

Le juge face aux clauses abusives

En l'espèce, un consommateur espagnol contracte un prêt d'un montant de 30.000 euros auprès de sa banque. N'ayant pas honoré le remboursement de sept mensualités, la banque introduit, conformément à la réglementation espagnole, une demande d'injonction de payer et réclame, outre le remboursement des impayés, le versement d'intérêts moratoires dont le taux était, en application de la clause contractuelle, de 29%. Le tribunal a déclaré d'office la nullité de la clause relative aux intérêts moratoires et a fixé le montant de ces derniers à 19%. Un appel a été formé par la banque et l'Autorité espagnole a alors reconnu que la réglementation espagnole ne permettait pas au juge saisi d'une demande d'injonction de payer, de déclarer d'office la nullité de la clause, ni de procéder à sa révision.

C'est ainsi que la CJUE a été saisi de plusieurs questions préjudicielles afin d'apporter des précisions sur l'interprétation de la Directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

La Cour de Justice de l'Union Européenne, par une décision rendue le 14 juin dernier, a alors rappelé que le droit communautaire s'opposait à une réglementation d'un Etat membre, telle que celle insérée dans le contrat de prêt conclu entre le consommateur et sa banque, qui ne permet pas au juge saisi d'une demande d'injonction de payer, d'apprécier d'office, *in limine litis*, ni à aucun moment de la procédure et alors même qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, le caractère abusif d'une clause d'intérêts moratoires contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, en l'absence de toute opposition formée par ce dernier. La Cour précise ensuite que le droit communautaire doit être interprété en ce qu'il s'oppose à une réglementation d'un Etat membre, telle que la réglementation espagnole relative à la protection des consommateurs et des usagers, qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause.

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

### CJUE, 12 juill. 2012, aff. C-311/11

Le droit des marques et les slogans

Les décisions se succèdent et le régime des marques verbales composées de slogan se définit avec plus de précision. Depuis la décision Audi du 21 janvier 2010 (CJUE, 21 janv. 2010, aff. C-398/08), la jurisprudence communautaire, suivie par la jurisprudence française, a précisément défini l'appréciation des conditions de l'accès de ce type de signes à la protection par le droit des marques qui, par principe, ne doivent pas différer de celles des autres signes.

Dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt commenté, une société canadienne avait déposé une demande de marque communautaire d'un signe verbal « *Nous simplifions ce qui est spécial* » pour des produits relevant de la classe 9 de l'arrangement de Nice. Cette demande fut rejetée par l'examineur puis par la chambre de recours de l'OHMI. Le Tribunal, saisi d'un recours, approuva la décision de refus d'enregistrement.

Dans cet arrêt, la Cour confirme le refus d'enregistrement du signe fondé sur l'absence de caractère distinctif et reprend les principes qu'elle a précédemment posés dans l'arrêt Audi (préc.).

Les marques composées de signes ou d'indications qui sont par ailleurs utilisés en tant que slogans publicitaires, indications de qualité ou expressions incitant à acheter les produits ou services visés par ces marques ne sont pas exclues de la protection par le droit des marques en raison d'une telle utilisation. Les slogans ne sont donc pas exclus, de ce simple fait, de la protection par le droit des marques. Il convient toutefois qu'ils répondent, comme tout signe, à l'exigence de distinctivité. À cet égard, la Cour rappelle qu'il n'y a pas lieu d'appliquer aux slogans des critères plus stricts que ceux applicables à d'autres signes, bien que, dans l'application des critères de distinctivité, il puisse apparaître que la perception du public pertinent n'est pas nécessairement la même que celle d'autres catégories de marques et ce, du fait de leur nature même. Autrement dit, pour être considéré pourvu du caractère distinctif minimal, il ne saurait être exigé qu'un slogan présente un caractère de fantaisie qui aurait pour conséquence un effet de surprise et dont on pourrait de ce fait se rappeler.

Voici donc pour les principes à mettre en œuvre dont la Cour rappelle également les difficultés de mise en œuvre pour ce type de marque mais qui ne doivent pas conduire à fixer des critères spécifiques ou dérogeant au caractère distinctif.

Le simple fait qu'un signe soit perçu comme une formule promotionnelle ne suffit pas à conclure qu'il est dépourvu de distinctivité, il convient de porter une analyse spécifique sur le signe en cause.

Dans le cas d'espèce, la Cour approuve l'analyse du Tribunal qui l'a conduit à la conclusion que le signe était dépourvu de caractère distinctif, non pas en raison du fait qu'il s'agissait d'une formule promotionnelle, mais aux motifs qu'il n'était pas perçu par le public pertinent comme une indication de l'origine commerciale des produits et services visés. Le Tribunal avait en effet explicité les motifs pour lesquels le public pertinent ne sera pas amené à percevoir dans la marque, au-delà de l'information promotionnelle selon laquelle les produits en cause rendent plus simple l'exécution d'une tâche compliquée, une indication commerciale particulière.

Au vu de cette jurisprudence, faut-il pour autant considérer que les slogans ne seront pas suffisamment protégés ? Une réponse positive conduirait à omettre que d'autres types de protection peuvent utilement être invoqués en cas de reprise injustifiée par un tiers.

En premier lieu, à condition bien entendu qu'ils répondent à l'exigence d'originalité, les slogans peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur permettant de s'opposer à l'usage non autorisé.

En second lieu, en fonction des circonstances, la reprise d'un slogan peut être sanctionnée au titre de la concurrence déloyale et/ou parasitaire. À ce titre, pourront être mis en évidence les investissements publicitaires engagés pour l'élaboration du slogan, voire même la notoriété acquise grâce à lui, afin d'établir la concurrence parasitaire du tiers se plaçant dans le sillage d'autrui. Lorsque les conditions sont réunies, la jurisprudence française sanctionne lourdement ces comportements.

**Cass. com., 10 juill. 2012, pourvoi n°08-12.010**

La dénomination sociale est protégée pour les activités effectivement exercées

Il ne suffit pas de déposer une marque pour avoir tous les droits sur une dénomination. Telle est probablement la leçon que tirera la société commercialisant des déguisements qui, dans cette affaire, croyait avoir légitimement déposé une marque. Sur le fondement de cette marque, elle crut pouvoir s'opposer à la commercialisation de jouets, en l'espèce des poupées.

Dans cette affaire, une société dénommée « Cœur de Princesse » et immatriculée en 2003, avait déposé la marque éponyme en 2004. Elle assigna en contrefaçon, usurpation de dénomination sociale et concurrence déloyale un grand fabricant de jouets en raison de la commercialisation d'une poupée Barbie utilisant ladite dénomination.

A cette fin, elle exposait que les déguisements qu'elle commercialisait et les jouets commercialisés sous la dénomination critiquée étaient similaires ce qui générait un risque de confusion. Non seulement elle fût déboutée de ses demandes, mais la marque qu'elle avait déposée fut également annulée en raison du caractère frauduleux du dépôt. L'analyse des juges du fond est approuvée par la Cour de cassation dans cet arrêt sur chacun des points critiqués dans le pourvoi.

La Cour approuve les juges du fond d'avoir annulé la marque en raison du dépôt frauduleux. La cour d'appel avait en effet relevé que le dépôt de la marque avait été fait à quelques jours de la sortie d'un film intitulé « Barbie, Cœur de Princesse » dans l'intention d'empêcher la commercialisation de produits dérivés et de s'attirer des avantages indus. Il était fait grief à l'arrêt de ne pas avoir tenu compte du fait que la marque n'était que la reprise de la dénomination sociale ce qui lui conférait un droit antérieur. La Cour de cassation répond à l'argument en indiquant que la dénomination sociale ne bénéficie d'une protection que pour les activités effectivement exercées par la société et non celles énumérées dans ses statuts. Or, dès lors qu'à la date du dépôt la société n'avait pour activité que la vente de déguisements et que le dépôt de la marque désignait de nombreux produits ne relevant pas de cette activité, la cour d'appel a justifié sa décision d'annuler la marque.

S'agissant de la concurrence déloyale, la Haute Cour approuve également les juges du fond d'avoir écarté le risque de confusion entre les poupées commercialisées par la société poursuivie et les activités (conception et vente de déguisements) de la société poursuivante.

**CJUE, 19 juin 2012, aff. C-307/10**

Du nouveau concernant le libellé des marques

Cet arrêt était très attendu. Il vient préciser la protection des marques au regard des produits et services visés. La Cour y pose les principes suivants. Les produits et services pour lesquels la protection est demandée doivent être identifiés avec suffisamment de clarté et de précision pour permettre aux autorités compétentes et aux opérateurs économiques, sur cette seule base, de déterminer l'étendue de la protection.

Cela ne s'oppose pas à l'utilisation d'indications générales des intitulés de classe de la classification de l'arrangement de Nice afin d'identifier les produits et services pour autant qu'une telle identification soit claire et précise. Le demandeur d'une marque nationale qui utilise toutes les indications générales de l'intitulé d'une classe, doit préciser si la demande vise l'ensemble des produits ou services répertoriés dans la liste alphabétique de cette classe ou seulement certains d'entre eux, dans ce dernier cas il doit alors le préciser.

Dans la foulée de l'arrêt, l'OHMI a tiré les conséquences de cette décision en publiant une communication modifiant l'examen des marques communautaires à compter du 21 juin 2012. Lorsque le déposant désigne l'intitulé général d'une classe de produits et services, il doit préciser s'il vise uniquement les termes du libellé ou tous les produits et services compris dans la classe. S'il ne joint pas de déclaration à son dépôt, l'OHMI considérera que le demandeur revendique la protection pour l'intitulé de la classe et chacune des indications générales qui y sont contenues.

Il est certain que toutes les conséquences de cet arrêt ne sont pas encore apparues et que la CJUE sera amenée à apporter des précisions sur les conséquences que peuvent avoir les libellés généraux de marque au stade, non plus de l'enregistrement, mais de la protection du signe lors de l'appréciation de la similarité des produits et services, condition de l'action en contrefaçon.

## INTERNATIONAL

### Le Business Retail en Indonésie

L'Indonésie constitue un marché à fort potentiel pour les distributeurs eu égard à :

- (i) son économie en bonne santé : croissance moyenne supérieure à 6 % l'an depuis 2005 ; + 6,4 % au deuxième trimestre 2012 ; l'OCDE a récemment prédit une accélération de la croissance indonésienne, en dépit du ralentissement mondial, pour atteindre en moyenne 6,6 % sur la période 2012-16. L'Indonésie serait ainsi l'économie la plus dynamique en Asie du Sud-Est, selon l'organisation, et
- (ii) sa population : 242 millions d'habitants - quatrième plus grand pays de la planète.

Deux constats :

- l'augmentation des revenus et donc du pouvoir d'achat d'une part, et
- l'augmentation de la population ayant pour effet de transformer les zones arables en zones urbaines d'autre part.

Conséquence : l'Indonésie importe entre 60 % et 70 % de la nourriture et des produits vendus dans les supermarchés (*Source : Franky Widjaja, Vice Président de Sinar Mas's agribusiness and food business*).

Ainsi, l'Indonésie est passée de rang de producteur, à celui d'importateur de denrées alimentaires.

Sur les cinq premiers mois de l'année 2012, l'Indonésie a importé :

- 1.970.000 tonnes de blé (766 mil USD)
  - 843.725 tonnes de riz (48 mil USD)
  - 749.644 tonnes d'haricots (424 mil USD)
  - 657.119 tonnes de maïs (185 mil USD)
  - 207.000 tonnes de farine de blé (83 mil USD)
- (*Source : Bureau Central des Statistiques Indonésien – « Badan Pusat Statistik »*)

Selon l'association indonésienne des retailers (APRINDO), le business retail a connu au cours des

dernières années une croissance annuelle moyenne de +13 %.

En 2011, le montant total des ventes, en retail, en Indonésie a représenté 120 mille milliards de roupies (soit 9,673,352,949 euros) par rapport à 58 mille milliards de roupies (soit 4,675,901,277 euros) pour l'année 2007. Les prévisions pour 2012 s'élèvent à 138 mille milliards de roupies (soit 11,125,420,280 euros).

Le secteur des hypermarchés, supermarchés et mini-marchés s'est fortement développé impliquant des compagnies locales, mais aussi des investisseurs étrangers tels que GIANT (Malaisie), CARREFOUR (France) ou encore LOTTE (Corée du Sud).

LOTTE a acquis en 2008 le réseau indonésien MAKRO pour 223 millions USD. En 2010, CT Group a acheté 40% des magasins CARREFOUR en Indonésie pour 350 millions USD.

Devant de fortes perspectives de croissance, d'autres acteurs de la grande distribution sont sur les rangs et ont annoncé leur arrivée sur le marché Indonésien :

- le Japonais FAMILY MART projette d'avoir 300 magasins en Indonésie d'ici 2015,
- le groupe Allemand METRO prévoit d'ouvrir cette année le supermarché Metro Cash & Carry,
- le distributeur Malais PARKSON RETAIL ASIA prépare son entrée en Indonésie avec l'ouverture de 5 magasins sous les enseignes Parkson et Centro. La première ouverture est programmée pour 2013 à Jakarta.

Quant aux chaînes déjà implantées telles que :

- ALFAMART (Sumber Alfaria) avec plus de 6.600 points de vente (incluant les enseignes Alfa Midi, Alfa Express et Lawson),
- CIRCLE K (Circle K Indonesia) avec 300 magasins, et

- INDOMARET (Salim Group) avec plus de 6.000 points de vente (incluant l'enseigne Ceria Mart), celles-ci poursuivent leur expansion rapide.

Le segment de marché composé des mini-marchés connaît une croissance importante du fait de la politique d'expansion agressive des opérateurs, elle-même caractérisée par l'ouverture de nombreux points de vente.

D'après une étude récente, les Indonésiens semblent préférer faire leur courses, pour leurs besoins quotidiens, dans des mini-marchés, et ce même lorsqu'ils ont le choix de se rendre dans des super ou hyper-marchés.

Les deux grands réseaux de mini-marchés en Indonésie à savoir ALFAMART et INDOMARET, sont présents principalement sur les îles de Java et de Sumatra.

Si la concentration de la grande distribution "moderne" (par opposition aux petits magasins indépendants et marchés en plein air) est encore principalement située sur l'île de Java à Jakarta (environ 10 millions d'habitants), son développement en est encore à ses débuts.

La grande distribution aura sans doute de belles perspectives de croissance sur l'île de Java mais aussi dans le reste du pays au fur et à mesure que les autres îles, et leurs marchés respectifs, se développeront.

La chaîne indonésienne INDOMARET s'attend du reste à augmenter ses ventes de 30 % sur 2012 (soit + 2,62 Mds USD). Les 1.000 nouveaux points de vente programmés sur 2012 s'ajouteront aux 6.000 déjà existants. Certains ouvriront peut être via la franchise.

INDOMARET souhaiterait en effet à l'avenir encourager la franchise en commercialisant le concept pour 30.000 euros par point de vente garantissant les droits pendant 5 ans, la formation, les normes opérationnelles, les biens et leurs livraisons.

Les services d'Ubifrance rapportent qu'aujourd'hui, le marché indonésien de la franchise est un marché très dynamique qui se chiffre à 9,5 MEUR en 2011 avec une prévision du taux de croissance de 15 % pour 2012, égale à 2011.

Selon l'Association des Franchisés d'Indonésie, le nombre d'enseignes sous franchise s'élèverait à 300 dont environ 200 étrangères.

Le ministère du Commerce indonésien répertorie uniquement 46 concepts de franchises répartis de la manière suivante :

- 56 % dans le secteur de l'alimentation (restauration, boulangeries/pâtisseries, épicerie),
- 17 % dans le domaine de l'éducation, et
- 27 % dans le secteur des services (santé, automobile, hôtellerie, ressources humaines, artisanat et autres détaillants).

Environ 25 % des franchises étrangères seraient américaines, 15 % de Singapour, 15 % de Malaisie et 10 % d'Australie.

Les États-Unis dominent dans les secteurs de la restauration (43,6 % du marché), de l'hôtellerie (75 %), du loisir (50 %), de la boulangerie (37 %), des B.T.P. (67 %) et de l'automobile (72 %).

Ils détiennent un monopole dans le secteur de la boisson (six franchises américaines couvrent le marché). Le secteur de la restauration est celui qui compte la représentation nationale la plus large (Mac Donald's, KFC, Burger King etc...).

La franchise française, encore peu présente en Indonésie, recoupe principalement deux secteurs d'activité : l'hôtellerie (principalement le groupe Accor) et les services (la blanchisserie 5 à sec).

En Indonésie, la franchise est régie par la loi n° 42/2007 du 23 juillet 2007 et le décret n° 31/M-DAG/PER/8/2008. La réglementation indonésienne prévoit une obligation d'information précontractuelle, l'enregistrement du prospectus (équivalent du DIP français) auprès du Ministère du Commerce indonésien. Cette forme d'implantation est établie par un accord écrit, rédigé en langue indonésienne. Cet accord, d'une validité de 5 ans, doit être enregistré au ministère du Commerce indonésien par le franchisé dans les trente jours au plus tard suivant la date de signature de cet accord. Le ministère du Commerce a annoncé qu'aucune mesure restrictive ne viendrait limiter l'investissement étranger pour les franchiseurs envisageant d'ouvrir et/ou d'étendre des enseignes en Indonésie.

**Cristelle ALBARIC**

Docteur en Droit, L.L.M.

SIMON Associés

Avocat au Barreau de Paris

## ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

### ACTUALITE

**Conseil National des Barreaux**  
**Etats Généraux du Droit de l'Entreprise : Atelier International**  
Intervention de François-Luc SIMON  
Extrait Rev. Lamy Droit des Affaires n°73, juillet-août 2012  
☞ [Pour en savoir plus](#)

**François-Luc SIMON**  
La clause d'objectifs minimum - [Franchise Magazine Octobre-Novembre 2012](#)

**Sandrine RICHARD**  
Assistance n'est pas assistanat - [Franchise Magazine Octobre-Novembre 2012](#)

**Flore SERGENT**  
Anticiper l'évolution du réseau - [Franchise Magazine Octobre-Novembre 2012](#)

### A VENIR

**EFE - SIMON ASSOCIÉS**  
Formation « La Franchise en pratique », les 18 et 19 octobre 2012  
Par Sandrine RICHARD

☞ [Pour vous inscrire](#)



**François-Luc SIMON**  
L'interdiction pour le franchisé d'exercer une activité concurrente ordonnée par le juge des référés  
Semaine Juridique Entreprise et affaires

**François-Luc SIMON**  
Les mystères de la clause d'objectif minimum - L'officiel de la Franchise Octobre 2012

D'autres évènements seront prochainement mentionnés sur notre site internet [www.simonassociés.com](http://www.simonassociés.com)