

LETTRE DES RÉSEAUX

PARIS

47 rue de Monceau
75008 Paris

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

LYON

7 rue de Bonnel
69003 Lyon

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

NANTES

4 rue Maurice Sibille
44000 Nantes

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

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 - Montpellier

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

www.simonassociés.com



François-Luc SIMON

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

**ACTUALITÉ
SIMON ASSOCIÉS
Page 14**

Juillet-Août 2011

Chers Lecteurs,

Cette nouvelle « Lettre des Réseaux » de Simon Associés comprend une actualité particulièrement dense, qui nourrira vos réflexions multiples, à l'approche des congés d'été pour les uns, ou au retour de vacances pour les autres. Ce numéro comprend l'examen du projet de loi modifié renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, un dossier sur la franchise en Inde, puis l'analyse de quatre décisions récentes rendues en matière de franchise, la présentation du rapport annuel de l'autorité de la concurrence, l'analyse d'une décision de cette même autorité en matière de distribution par Internet, et quelques rappels essentiels propres au droit des marques.

Très bonne lecture.

SOMMAIRE

ETUDES :	
Projet de loi modifié renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs (<i>Aspects distribution alimentaire</i>)	p.2
La Franchise en Inde (<i>Données économiques et juridiques</i>)	p.6
FRANCHISE :	
Cass.com., 7 juin 2011, pourvoi n°10-17.141 <i>Résiliation fautive par le franchisé, violation de la clause de non-réaffiliation et tierce complicité</i>	p.9
CA Versailles, 9 juin 2011, RG n°10/03622 <i>Extinction d'un contrat de commission-affiliation</i>	
CA Aix-en-Provence, 9 juin 2011, RG n°2011/247 <i>Cautionnement bancaire et nullité prétendue du contrat de franchise</i>	
CA Pole 5, chambre 4, 15 juin 2011, RG n°08/19370 <i>L'étendue tacite du territoire d'exclusivité du franchisé</i>	
CONCURRENCE ET DISTRIBUTION :	
Autorité de la concurrence, rapport annuel du 4 juillet 2011 <i>Publication du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2010</i>	p.11
Décision Adlc n°11-SOA-08, 1^{er} juillet 2011 <i>Un nouveau regain d'attention sur la distribution par internet</i>	
MARQUES :	
CA Paris, 3 juin 2011, RG n°09/13165 <i>Accord de coexistence et preuve de la violation de l'accord</i>	p.13
CA Paris, 22 juin 2011, RG n°09/00405 <i>Une marque de position en mauvaise posture</i>	

Projet de loi modifié renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs (Aspects distribution alimentaire)

Le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs comprend une série de mesures nouvelles – pour ne pas dire novatrices –, dont certaines concernent le secteur de la distribution alimentaire, que la présente étude se propose de commenter (*en revanche, nous n'évoquerons pas ici les autres aspects de ce projet de loi concernant, notamment, les secteurs de la téléphonie, de l'internet, de l'énergie et de l'immobilier, qui n'intéressent pas le droit de la franchise et de la distribution*).

Dans le prolongement de l'avis n° 10-A-26 rendu le 7 décembre 2010 par l'Autorité de la concurrence (ADLC), le législateur a considéré nécessaire d'encadrer les relations contractuelles entre les magasins indépendants et la société tête de réseau, afin de faciliter les changements d'enseigne dans le secteur de la distribution alimentaire.

C'est ainsi qu'un projet de loi – déjà très commenté – a été présenté par Monsieur le Secrétaire d'Etat Frédéric Lefebvre, le 1^{er} juin dernier, en Conseil des ministres.

Ce projet de loi vient tout juste d'être examiné, les 5 et 6 juillet 2011, par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale qui, sous l'impulsion de Monsieur le rapporteur Daniel Fasquelle, a apporté plusieurs amendements au texte d'origine. Un rapport a été établi à l'issue de ces récentes discussions parlementaires.

Il sera prochainement mis en ligne sur le site de l'Assemblée Nationale. Notre étude porte donc sur le projet de loi modifié (il y a quelques jours seulement), appelé à être examiné au sein de l'hémicycle dans les prochaines semaines.

Le projet de loi modifié définit, ce qui constitue en soi une nouveauté, la notion de convention d'affiliation **(I)** qui, lorsqu'elle est obligatoire au sens de la loi **(II)**, se voit attribuer un régime juridique spécifique, comportant des règles de forme **(III)** et de fond **(IV)**. Des dispositions transitoires sont prévues pour permettre une entrée en vigueur progressive de ce nouveau dispositif **(V)**.

I. Notion de « convention d'affiliation »

Le Titre IV du Livre III du code de commerce qu'il est projeté d'insérer annonce un nouvel article L.340-1, dont le 1^o est relatif à la notion de la « *convention d'affiliation* », qui constitue un instrument juridique totalement nouveau puisqu'aucune définition juridique n'en était jusqu'à présent donnée, du moins par le législateur.

En l'état, compte tenu d'un amendement (n°485) adopté le 5 juillet 2011, l'article L.340-1-I du code de commerce est désormais rédigé comme suit :

« Est considérée comme une convention d'affiliation un contrat, conclu entre une personne physique ou morale de droit privé réunissant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er}, ou mettant à disposition des services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3, et toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce de détail à dominante alimentaire. Conclue en sus de tout autre contrat pouvant exister par ailleurs entre les parties, la convention d'affiliation comprend les informations relatives aux engagements des parties susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant. » (Nous soulignons).

Trois remarques s'imposent.

En premier lieu, cette définition est très générale. Elle vise toute forme de relation contractuelle, toute forme de réseau, sans distinction. Sa vocation est donc générale.

En deuxième lieu, comme le soulignent l'exposé sommaire d'un amendement du rapporteur (n°485) et les discussions ayant précédé son adoption, la convention d'affiliation ne se substitue ni aux contrats pouvant être par ailleurs conclus (contrat d'approvisionnement, contrat d'enseigne, etc.), ni aux liens d'autre nature éventuellement noués au sein du groupe (sous forme de contrat,

de coopérative, d'association, ou même de société civile ou commerciale, etc.). L'amendement du rapporteur est utile, dès lors que la lecture du projet de loi d'origine pouvait donner le sentiment contraire.

En troisième lieu, la notion de « *commerce de détail à dominante alimentaire* » est précisée à l'article L.340-2 du code de commerce, commenté dans notre point II ci-après.

II. Caractère « obligatoire » de la convention d'affiliation

En l'état, à peine modifié par amendement (n°485) adopté le 5 juillet 2011, l'article L. 340-2 du code de commerce rend « obligatoire » la convention d'affiliation telle que définie ci-dessus, lorsque deux conditions sont réunies :

- « *l'exploitant gère au moins un magasin de commerce de détail, tel que visé à l'article L. 430-2, en libre service* » (nous soulignons) ;
- le chiffre d'affaires hors taxes, hors carburant, de ce magasin de commerce de détail « *provient pour plus du tiers de la vente de produits alimentaires* » (nous soulignons).

Il est précisé en outre qu'« *un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, définit, en tant que de besoin, les secteurs d'activité pour lesquels et les seuils de surface et de chiffre d'affaires en deçà desquels il pourra être dérogé à cette obligation* » (nous soulignons). Si le texte d'origine a été très peu modifié sur ce point, trois remarques s'imposent également.

En premier lieu, il faut revenir sur la notion même de « *libre service* ». Observons tout d'abord, à la lumière des discussions ayant eu lieu les 5 et 6 juillet 2011 au sein de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, qu'un amendement (n°317) tendait à élargir la portée du texte en supprimant le terme « *libre service* », afin que la convention d'affiliation s'applique à tous les types de commerce ; cet amendement a été rejeté, à juste titre selon nous, au motif que le projet de loi s'inscrit résolument dans le cadre du périmètre tracé par le rapport de l'ADLC, visant essentiellement la grande distribution (v. Rapport de l'ADLC, spéc. §§. 15 et suiv.). Un autre amendement (n°288) tendait au contraire à en limiter la portée, en excluant de son champ d'application les exploitations du secteur de la « *distribution alimentaire*

spécialisée », de manière à exclure toute une série de commerces de détail, tels que « *la distribution de chocolats, de produits surgelés, de plats à emporter* » devant *a priori* en être exclus pour n'avoir pas été visés dans l'exposé des motifs du texte. S'il a été retiré en raison (notamment) de l'absence de toute notion juridique de « *distribution alimentaire spécialisée* », cet amendement a néanmoins permis d'instaurer une discussion de nature à clarifier davantage le champ d'application du texte ; il ressort en effet des observations formulées en séance par Monsieur le Secrétaire d'Etat que l'emploi, par le projet de loi, des termes « *en libre service* » permet d'exclure du champ d'application du texte « *les commerces de bouche tels que boucheries, boulangeries, confiseries, chocolateries, etc.* ». De même, l'on notera que, par suite d'un amendement (n°289) rectifié et adopté, le Titre IV du Livre III du code de commerce dans lequel s'inséreront les nouveaux articles issus de cette réforme devrait s'intituler « *Des réseaux de distribution alimentaire* », et non plus « *Des réseaux de distribution* », comme le proposait le texte d'origine, qui pouvait ainsi donner à penser que tous les secteurs d'activité étaient susceptibles d'entrer dans le champ d'application du texte.

En deuxième lieu, il faut revenir sur la notion de « *produits alimentaires* » et le seuil du « *tiers* » à laquelle cette notion est associée. Ainsi que Monsieur le rapporteur Fasquelle l'a rappelé en séance, la définition des commerces alimentaires est issue des travaux de l'INSEE ; c'est la définition de l'INSEE qui sert de référence pour distinguer ce qui est alimentaire de ce qui ne l'est pas.

En troisième lieu, le renvoi au décret, destiné à définir « *les secteurs d'activité pour lesquels et les seuils de surface et de chiffre d'affaires en deçà desquels il pourra être dérogé à cette obligation* », suscite plusieurs observations. Pour les uns, le renvoi au décret n'est pas acceptable ; pour d'autres, tel que Monsieur le Secrétaire d'Etat, « *le renvoi au décret permet de préciser les secteurs d'activité concernés afin d'éviter une application trop extensive* ». Quoiqu'il en soit, du point de vue des praticiens, il importe de savoir clairement quels secteurs d'activité entreront finalement dans le champ d'application du texte rendant la convention d'affiliation « obligatoire » ; il faut bien le dire, sur ce point précis – mais fondamental –, le texte est loin d'être stabilisé à ce stade. De ce fait, il augure de vives discussions à la rentrée.

Lorsque cette convention est obligatoire, la convention d'affiliation doit obéir à des règles de forme et de fond.

III. Règles de forme

Dans sa version initiale, le projet de loi avait envisagé de formaliser la convention d'affiliation par un « *document unique* », formulation semblant laisser entendre que ce document se substituait aux contrats que les opérateurs pouvaient avoir conclus par ailleurs, ou aux liens d'autres nature éventuellement noués au sein du groupe. Tel n'est plus le cas. Désormais, la convention d'affiliation doit être formalisée par un « document » (art. L.340-1) ; il s'agit là d'une condition de validité de l'acte qui, « *naît de la signature de ce document par les deux parties* ». Ce document doit :

- récapituler les stipulations applicables du fait de l'affiliation, regroupées selon des rubriques définies par un décret, pris après avis de l'ADLC, en fixant notamment :

- 1° *Les conditions de l'affiliation et de la participation au groupement ;*
- 2° *Les conditions d'utilisation des services commerciaux apportés à l'exploitant, en particulier d'approvisionnement et d'usage des marques et enseignes ;*
- 3° *Le fonctionnement du réseau ;*
- 4° *Les conditions de renouvellement, cession et réalisation des contrats régissant les relations commerciales découlant de l'affiliation ;*
- 5° *Les obligations applicables après rupture des relations d'affiliation ».*

- préciser expressément le terme de la convention d'affiliation.

Selon un amendement (n°486) du rapporteur, qui a son importance, cette convention d'affiliation s'applique « *sous réserve des règles statutaires et décisions collectives adoptées conformément aux lois sur les associations, les sociétés civiles, commerciales ou coopératives.* »

De plus et surtout, ce document « *doit, à peine de nullité de la convention d'affiliation, être remis à l'exploitant au moins deux mois avant sa signature* » (C.com., art. L. 340-3) ; un amendement (n°488) du rapporteur, introduit ce délai de deux mois, se substituant ainsi au renvoi (indésirable il est vrai) à un décret que le texte du projet de loi d'origine prévoyait. Toutefois, ce délai de deux mois est-il notablement plus long que celui de 20 jours par ailleurs visé à l'article L. 330-3 du code de commerce. L'explication avancée en séance a consisté à indiquer que la convention d'affiliation est « *un engagement lourd de conséquences* ». S'il est sain que le pouvoir législatif fixe un tel délai, il n'en demeure pas moins que la solution issue du projet

de loi modifié ne nous semble pas satisfaisante. D'une part, le secteur de la distribution alimentaire est loin d'être le seul à emporter des engagements conséquents pour ses opérateurs et, de ce seul fait, il nous semble bien que l'argument avancé en séance ne suffise pas à justifier la modification apportée. D'autre part, le texte créé en définitive « *deux poids deux mesures* », en imposant un délai de deux mois pour les opérateurs du secteur de la distribution alimentaire et de 20 jours pour tous les autres, ce que rien ne justifie (outre le fait que la distinction entre ces deux catégories n'est pas encore totalement tranchée, cf. notre point II ci-dessus). A notre avis, le législateur y gagnerait à retenir la solution simple et dénuée de toute confusion possible consistant, comme le suggérait d'ailleurs un amendement (n°287), à retenir que le délai applicable pour la remise de la convention d'affiliation soit le même que celui qui est prévu pour la remise des documents d'information pré-contractuels.

IV. Règles de fond

Lorsque la convention d'affiliation est obligatoire, elle doit par ailleurs obéir à des règles de fond.

En premier lieu, le projet de loi tend à limiter la durée des contrats d'affiliation pour « *faciliter la sortie du réseau* ». De ce fait, la durée de ces conventions est encadrée par plusieurs règles, relatives à leur durée maximale, à leur renouvellement, et au préavis qui précède la rupture de la relation contractuelle.

Selon l'article L.340-4 du code de commerce issu du projet de loi, la durée maximale des conventions d'affiliation est appelée à être précisée par décret pris après avis de l'ADLC, sans pouvoir en toute hypothèse être supérieure à dix ans. Tel est le cas général. A cet égard, l'on rappellera que l'ADLC, dans son "Avis", préconisait, entre autres, de limiter les contrats d'affiliation de la distribution alimentaire à une durée de 5 ans (à juste titre jugée trop courte par de nombreux opérateurs). L'on peut toutefois regretter que la durée maximale de la convention d'affiliation soit abandonnée au pouvoir réglementaire, qui pourrait parfaitement, en l'état du texte actuel, retenir une durée maximale de cinq ans. A ce cas général, s'ajoute un cas particulier : lorsque cette convention d'affiliation comporte une obligation d'approvisionnement de l'affilié à concurrence de plus de 80% de ses achats, elle ne peut être conclue pour une durée supérieure à 5 ans, précision apportée par deux amendements identiques adoptés (n°95 et n°314).

Pour ce qui concerne le renouvellement des conventions d'affiliation, un amendement du rapporteur (n°488) leur permet d'être renouvelées aussi bien explicitement que tacitement, alors que cette dernière possibilité était exclue dans la rédaction originelle du projet de loi. Cette modification ne peut être qu'approuvée, tant il est vrai qu'interdire un renouvellement tacite aurait constitué une entrave invraisemblable à la liberté contractuelle, d'autant plus injustifiée qu'elle n'aurait pas pour autant répondu aux objectifs de la réforme.

Quant à la question du préavis, le projet de loi modifié prévoit qu' « un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, précise le délai de préavis à respecter pour informer l'autre partie de sa volonté de ne pas renouveler la convention d'affiliation à durée déterminée, au terme de laquelle. » (Nous soulignons). Un mécanisme similaire est également prévu en cas de tacite reconduction de la convention d'affiliation. Il est toutefois envisagé d'inscrire ce délai dans la loi elle-même, après consultation de l'ADLC, ce qui est préférable.

En second lieu, le projet de loi tend par ailleurs à encadrer le contenu même de ces conventions d'affiliation. Ainsi, lorsque la convention d'affiliation est obligatoire :

- (a) il ne peut y être dérogé par voie contractuelle que par modification de cette même convention,
- (b) aucune stipulation, ni aucun contrat conclus dans le cadre ou pour la mise en œuvre de cette convention d'affiliation ne peut faire obstacle à la mise en jeu des stipulations énoncées par cette convention,
- (c) lorsqu'elle prévoit le versement de sommes constituant une condition préalable à l'établissement ou au renouvellement de la relation commerciale, le document mentionne la possibilité d'acquitter ces sommes, soit en totalité au moment de la signature du contrat, soit en plusieurs versements, les versements dus au titre de la dernière année ne pouvant excéder 20 % du total de ces sommes. En cas de violation ces dispositions particulières, d'ordre public, les sommes dues à ce titre ne seront exigibles que dans la limite de 10 % par an de leur montant nominal initial, tel qu'il figure dans la convention d'affiliation (C.com., art. L. 340-5),
- (d) après l'échéance ou la résiliation d'une telle convention d'affiliation, aucune clause ayant pour effet de restreindre la liberté d'exercice par l'exploitant de son activité commerciale ne peut trouver application si elle n'est pas énoncée dans cette convention. En outre, de telles clauses ne peuvent produire leurs effets plus d'une année après cette résiliation ou cette échéance. Enfin, elles ne peuvent produire leurs effets que relativement aux biens et services objets de

la convention d'affiliation et aux terrains et locaux à partir desquels celui qui a souscrit la convention d'affiliation a opéré, pendant la durée de cette convention (C.com., art. L. 340-5).

V. Dispositions transitoires

Le projet de loi envisageait d'insérer dans le code de commerce un article L. 340-7 ainsi rédigé :

« Art. L. 340-7. – I. – Les dispositions du présent titre sont applicables aux contrats conclus à compter du 1^{er} juillet 2012.

« II. – Les contrats de toute nature établissant une relation d'affiliation entrant dans le champ visé au premier alinéa de l'article L. 340-2, qui ont été conclus antérieurement au 1^{er} juillet 2012, devront être remplacés avant le 1^{er} janvier 2014 par une convention d'affiliation, conclue dans les conditions posées par le présent titre.

« III. – À compter du 1^{er} janvier 2014, à défaut de conclusion, dans le respect des règles fixées au présent titre, d'une convention d'affiliation, chaque partie peut mettre fin à une relation d'affiliation entrant dans le champ d'application du I de l'article L. 340-2, sans que lui soient opposables les accords, clauses ou contrats antérieurement conclus. Cette résiliation intervient à l'expiration du délai fixé au II de l'article L. 340-3, compté à partir de la notification à l'autre partie de la nécessité de se mettre en conformité avec les dispositions du présent titre. »

Autrement dit, les dispositions du projet de loi sont prévues pour être applicables aux contrats conclus à compter du 1^{er} juillet 2012 mais les contrats conclus postérieurement au 1^{er} juillet 2012 devront être en conformité avec les présentes dispositions avant le 1^{er} janvier 2014. À défaut « chaque partie peut mettre fin à une relation d'affiliation entrant dans le champ d'application du I de l'article L. 340-2, sans que lui soient opposables les accords, clauses ou contrats antérieurement conclus ». Toutefois, un amendement (n°496) vient modifier les alinéas 26 à 28 du texte d'origine, en leur substituant la rédaction suivante : « II. – Pour les contrats à durée déterminée conclus entre les parties mentionnées à l'article L.340-1, à l'exception des contrats de bail, qui sont en cours de validité à la date de promulgation de la présente loi, les dispositions du présent article s'appliquent au plus tard sept ans à compter de la date de promulgation de la présente loi ».

François-Luc SIMON

Associé-Gérant SIMON Associés

Docteur en droit

Membre du Collège des Experts de la FFF

LA FRANCHISE EN INDE

L'Inde est devenue l'une des principales puissances économiques au monde, dont l'occidentalisation croissante suscite l'intérêt de chacun. Il nous faut rappeler ici les principales données économiques (I) et juridiques (II) que tout praticien devra garder à l'esprit afin de s'interroger sur l'opportunité de s'y développer en franchise.

I. CONTEXTE ECONOMIQUE

▪ Données macro-économiques

Population 2009	1.156.897.766 hab.
Superficie	3.287.590 km ²
Densité 2009	352 hab./km
PIB (nominal) 2008	1.159 Md\$ (12 ^{ème})
PIB/hab. 2008	1.017 \$ (134 ^{ème})
PIB (PPA) 2009	3.526 Md\$ (4 ^{ème})
PIB (PPA)/hab. 2004	3.737 \$ (118 ^{ème})
Taux de croissance 2009	5,7 %
RNB/hab. (PPA) 2008	2.930 \$ (119 ^{ème})
IDH 2007	0,612 (134 ^{ème})
Taux d'alphabétisation	66 %
Espérance de vie 2008	64 ans

Vingt ans après les réformes économiques entreprises par le gouvernement indien en 1991, l'Inde fait aujourd'hui partie des grands pays émergents. Le pays a connu, entre 2003 et 2007, une croissance moyenne de 8,5 %. Bien que ralenti du fait de la crise économique mondiale, la croissance indienne devrait, selon les prévisions du FMI, atteindre à nouveau un taux comparable dès 2011. L'Inde a aujourd'hui atteint le 4^{ème} rang mondial en termes de PIB à parité du pouvoir d'achat. Cependant, un quart de la population se situe en dessous du seuil de pauvreté, et l'Inde a connu au cours des dernières années une très forte inflation.

Ce tableau général doit être affiné : d'une superficie de plus de 3 millions de kilomètres carrés et d'une population de plus d'1 milliard d'habitants, l'Inde recouvre des réalités culturelles et économiques très diverses. Aussi, et bien que l'Inde, placée au 134^{ème} rang mondial en matière d'indice de développement humain, ne figure pas encore aujourd'hui au rang des pays développés, le développement et le niveau de vie de la population diffèrent fortement d'une région à l'autre.

Les Etats généralement considérés comme les plus favorables aux affaires sont Dehli, Goa, le Gujrat, le Maharashtra (où se situe Mumbai (Bombay)) et le Tamil Nadu.

Cette perspective doit encore être affinée à l'échelle des villes : aux cotés de Bombay – capitale économique du pays, marquée par un prix élevé de l'immobilier – et de Dehli se développent plusieurs villes très dynamiques, où s'implantent de nombreuses entreprises et dont la population a un fort pouvoir d'achat. On citera parmi celles-ci les villes de Gurgaon (Haryana) et de Noida/Greater-Noida (Uttar Pradesh) qui, avec Dehli, forment la *National Capital Region* (NCR), l'un des centres économiques les plus dynamiques du pays, ainsi que la *Chandigarh Tricity* (Chandigarh, Pachkula et Mohali), située à cheval sur le Punjab et l'Haryana, et Bangalore (Karnataka), capitale indienne des nouvelles technologies.

La politique d'amélioration des infrastructures favorise le développement d'autres villes et régions. Un quadrilatère d'autoroutes reliant Dehli, Mumbai, Chennai (Madras) et Calcutta est notamment en cours de construction. Par ailleurs, de nombreuses zones économiques spéciales (offrant un milieu favorable aux affaires en matière d'économie et d'infrastructures) se créent dans plusieurs Etats.

Du fait du développement, principalement dans les villes mais également, dans une mesure beaucoup plus faible, dans les campagnes, d'une classe moyenne de consommateurs, la consommation de biens et de services est en augmentation rapide, et la grande distribution s'accroît.

D'après les statistiques officielles indiennes, la France ne contribue qu'à hauteur de 1% aux investissements directs étrangers cumulés en Inde. Plusieurs entreprises françaises y sont néanmoins implantées. Ubifrance indique ainsi que les entreprises françaises ont créé 700 entités juridiques en Inde, et emploient 120.000 personnes. Plusieurs entreprises s'y sont installées au cours des années 2000 et celles qui y étaient déjà présentes ont développé leur activité, pour être présentes dans la plupart des Etats.

▪ Données spécifiques à la franchise

La franchise est un phénomène récent en Inde. L'Association indienne de la franchise (Franchising association of India – FAI) a été créée il y a à peine plus de dix ans (1999). Néanmoins, le secteur de la franchise connaît un développement rapide. Comme dans d'autres pays, le nombre de candidats franchisés a augmenté à la faveur de la crise, l'ouverture d'un magasin franchisé constituant une alternative au chômage pour les personnes licenciées disposant d'une indemnité. La franchise a été définie par le Finance Act de 1999 comme « *un contrat par lequel le franchisé se voit accorder le droit de vendre ou de fabriquer des biens, de fournir des services ou de suivre un quelconque procédé découvert par le franchiseur, indépendamment du fait qu'une marque de produit ou de service, un nom commercial, un logo ou tout autre symbole soit impliqué* ».

L'Inde qui, à l'instar d'autres pays comme les Etats-Unis adopte une définition de la franchise plus large que celle employée en France, comptait 1.800 réseaux en 2008, d'après les informations collectées auprès de l'Association indienne de la franchise. Ce nombre représente une augmentation exponentielle du nombre de réseaux, celui-ci ayant plus que doublé en seulement deux ans ! S'agissant du nombre d'établissements, on assiste à une ascension encore plus marquée, leur nombre étant passé au cours de la même période de 48.000 à 120.000, soit une progression de 150% en deux ans. En grande majorité, ces réseaux sont originaires d'Inde. Le secteur a généré 4 milliards de dollars et employé 4 millions de personnes. Si les secteurs dominants sont l'alimentaire, la restauration et l'habillement, on note un progrès des services à la personne et notamment des salles de sport et des salons de beauté.

De plus en plus de réseaux d'origine étrangère s'implantent en Inde. A l'heure actuelle, il s'agit essentiellement de réseaux de restauration et notamment des grands réseaux de restauration originaires des Etats-Unis. Les réseaux de franchise français implantés en Inde sont aujourd'hui très minoritaires. La dernière enquête menée à l'initiative de la Fédération française de la franchise révèle que seuls 10% des réseaux interrogés s'étaient implantés en Asie. Quelques réseaux français se sont néanmoins implantés en Inde ou entendent s'y implanter à brève échéance. De même, les réseaux nés en Inde commencent à s'exporter. La société de consultants Franchise India Holdings Ltd a estimé en 2007 que 8 à 10 % des réseaux de franchise indiens se développaient au plan international.

Franchise India Exhibitions, branche de la société *Franchise India Holdings Ltd* consacrée à l'organisation d'évènements (salons, prix, conférences), organise chaque année plusieurs salons de la franchise et du magasin de détail, à travers tout le pays. Ainsi, ces expositions sont organisées au Nord (Chandigarh (Haryana et Penjab) Indore (Madhya Pradesh), Ahmedabad (Gujurat) et Mumbai (Maharashtra)), à l'Ouest (Calcutta (Bengale Occidental)) et au sud (Chennai (Tamil-Nadu), Hyderabad (Andhra Pradesh), Cochin (Kerala) et Bangalore (Karnataka)). Le salon annuel Franchise India de Dehli est le plus grand salon de la franchise organisé en Asie. Fin 2010, a eu lieu la 8^{ème} édition de ce salon, comportant environ 300 exposants, tant indiens qu'internationaux, pour 30.000 visiteurs venant d'une vingtaine de pays.

Bien que de nombreux consommateurs, en Inde, soient familiarisés, notamment en raison des études qu'ils ont pu effectuer à l'étranger, avec les produits occidentaux, l'implantation d'un concept en Inde nécessitera le plus souvent une adaptation des produits et de la méthode de vente.

II. DONNÉES JURIDIQUES

▪ Données juridiques directement liées à la franchise

L'Inde n'a pas légiféré spécifiquement en matière de franchise. Les relations entre le franchiseur et le franchisé sont donc principalement régies par le droit des contrats, à tous les stades de la vie de celui-ci : formation, exécution et extinction du contrat. Les franchiseurs étrangers ne sont pas soumis, en tant que franchiseurs, à des règles spécifiques. Certaines contraintes pourront s'imposer à eux, en revanche, en tant qu'investisseurs étrangers, ainsi que cela sera exposé plus loin. Certains domaines d'activité, touchant notamment à la santé, font l'objet d'une réglementation spécifique. Sous cette réserve, les parties jouissent en règle générale d'une très grande liberté pour organiser leurs relations contractuelles.

L'information précontractuelle n'a pas fait l'objet d'une loi particulière. Ce sont donc des principes voisins de la bonne foi qui régissent cette information. Ainsi, celle-ci ne doit pas être trompeuse et doit permettre aux parties de s'engager en disposant des mêmes informations. En l'absence de législation spécifique à l'information précontractuelle, il n'existe pas de sanction du manquement à une telle obligation en tant que telle. La sanction –

dommages intérêts et éventuellement nullité – dépend par conséquent du cas d'espèce et du contenu du contrat. Il appartient à la juridiction saisie de déterminer si telle ou telle information aurait dû être donnée et, dans l'affirmative, la sanction appropriée.

En l'absence de législation spécifique régissant la franchise, les relations entre les parties sont principalement régies par la loi sur les contrats de 1872. Le domaine est donc – comme en France – largement emprunt de liberté contractuelle, les parties au contrat de franchise étant considérées comme étant sur un pied d'égalité. C'est ainsi la loi des parties qui régit les obligations réciproques et notamment la durée du contrat, les obligations de non-concurrence et de confidentialité, les conditions de résiliation anticipée, les intérêts de retard, ainsi que les modalités de règlement des litiges (désignation de la juridiction compétente ou instance arbitrale indienne ou internationale). Le contrat peut ainsi permettre au franchiseur de s'opposer à la cession de l'entreprise du franchisé. Tout comme en France, il n'existe pas de droit au renouvellement du contrat : le franchiseur n'a pas l'obligation de renouveler un contrat arrivé à terme, à moins que le contrat ne prévoie le contraire. La liberté des parties est encadrée par une obligation générale de bonne foi, sanctionnée tant au plan civil qu'au plan pénal.

L'Inde n'est pas partie au Système de Madrid. Une telle adhésion a été envisagée lors d'une visite du directeur général de l'OMPI en Inde à la fin de l'année 2009. Dans cette attente, néanmoins, la marque ne peut être protégée en Inde par le biais de la marque internationale, et doit faire l'objet d'un enregistrement par la voie nationale. La procédure d'enregistrement initiale (issue du *Trade Marks Act* de 1999) a été simplifiée en 2003. Les marques sont enregistrées au sein du Registre des marques (Trade Marks registry), tenu par le Contrôleur général des brevets, dessins et marques, qui dépend du ministère du commerce et de l'industrie. Bien que n'étant pas partie à l'Arrangement de Nice, l'Inde en a adopté la classification. Au dépôt de la marque, le Registre opère un contrôle portant essentiellement sur le caractère distinctif de la marque. La protection des marques d'ores et déjà enregistrées, identiques ou similaires à la marque nouvellement déposée, est en revanche laissée à l'initiative de leurs titulaires, par la voie de l'opposition ouverte pendant trois mois à compter du dépôt. La marque enregistrée a une validité de 10 ans et peut être renouvelée.

▪ Données juridiques périphériques

L'article 3 de la loi sur la concurrence de 2002 interdit à peine de nullité les accords ayant ou pouvant avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le territoire indien. Certains accords, tels que les prix imposés et les partages de marché, sont présumés porter atteinte à la concurrence, sauf à prouver qu'ils apportent un gain d'efficacité. La loi précise qu'elle ne fait pas obstacle aux mesures raisonnablement prises par une personne pour protéger ses droits de propriété intellectuelle.

Les investissements étrangers sont régis par la *FDI Policy* et le *Foreign Exchange Management Act (FEMA)*. Le principe est la liberté des investissements étrangers dans les entreprises indiennes. Néanmoins, ce principe connaît des exceptions. Selon le cas, l'investissement est réalisé après simple notification à la *Reserve Bank of India* ou soumis à autorisation du *Foreign Investment Promotion Board*. Le plus souvent, l'investissement direct étranger est soumis à autorisation préalable des autorités indiennes. Concrètement, par conséquent, et sauf exception, seules les sociétés limitant la responsabilité des actionnaires et régies par le *Companies Act* de 1956 sont ouvertes aux investissements directs étrangers. Ainsi, deux formes de sociétés sont ouvertes : les *Private limited Companies* et les *Public Limited Companies*. Les premières, qui ne peuvent faire appel public à l'épargne, correspondent aux petites et moyennes structures ; elles ont au maximum 50 associés. Leur régime est moins onéreux que celui des *Public Limited Companies*, et les associés bénéficient d'une certaine liberté dans l'organisation de la société. Le capital minimum est de 100.000 Roupies (1.720 €). Les *Public Limited Companies* peuvent, sans que cela soit une obligation, ouvrir leur capital à l'épargne. Les formalités qui s'imposent à ces sociétés sont plus lourdes que celles imposées aux *Private Limited Companies*. En outre, les associés jouissent d'une liberté moins grande pour l'organisation de la société. Le capital minimum est de 500.000 Roupies (8.600 €). Le régime de ces sociétés devrait très prochainement faire l'objet d'une réforme allant dans le sens d'un assouplissement. Les sociétés doivent être enregistrées auprès du Registre des sociétés.

François-Luc SIMON

Associé-Gérant SIMON Associés

Docteur en droit

Membre du Collège des Experts de la FFF

DROIT DE LA FRANCHISE

Cass. com., 7 juin 2011, pourvoi n°10-17.141

Résiliation fautive par le franchisé, violation de la clause de non-réaffiliation et tierce complicité

Le franchiseur se voit parfois confronté à la situation dans laquelle le franchisé, après avoir brusquement résilié le contrat de franchise, substitue à l'enseigne du réseau celle d'un réseau directement concurrent.

Le franchiseur peut alors souhaiter rechercher, outre la responsabilité de son franchisé, celle de la tête du réseau auquel appartient désormais ce dernier.

La constatation de la responsabilité de l'ancien franchisé ne suffit pas, alors, à entraîner celle de son nouveau cocontractant. Encore faut-il prouver, en effet, que ce dernier a commis une faute ayant causé un préjudice à l'ancien franchiseur.

Dans l'espèce commentée, le franchiseur avait agi dans un premier temps à l'encontre de son franchisé devant un tribunal arbitral, ainsi que le prévoyait le contrat de franchise. L'instance arbitrale, jugeant que le franchisé avait fautivement résilié le contrat de franchise et violé la clause de non-réaffiliation, l'avait condamné à réparer le préjudice du franchiseur.

Ayant ainsi obtenu gain de cause devant le tribunal arbitral, l'ancien franchiseur avait agi – devant les juridictions étatiques – à l'encontre de la tête du réseau concurrent, auquel appartenait désormais son ancien franchisé, estimant que son concurrent s'était rendu complice de la rupture abusive du contrat de franchise et de la violation de la clause de non-réaffiliation.

Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont néanmoins rejeté ces deux demandes.

S'agissant de la rupture du contrat de franchise, la Cour d'appel avait en effet relevé que le franchiseur ne prouvait aucun fait positif antérieur à la résiliation démontrant que son concurrent aurait fourni son aide au franchisé pour parvenir à cette résiliation.

S'agissant de la violation de la clause de non-réaffiliation, la Cour d'appel avait relevé que le franchiseur ne prouvait pas avoir subi un préjudice distinct du préjudice que le franchisé avait été condamné à réparer, dans le cadre de la procédure arbitrale.

CA Versailles, 9 juin 2011, RG n°10/03622

Extinction d'un contrat de commission-affiliation

La décision commentée a été rendue dans le cadre d'une affaire où un commissionnaire-affilié cherchait à obtenir une indemnité en raison de l'extinction de son contrat, issue de la dénonciation de son terme par le commettant. Le commissionnaire-affilié invoquait à ce titre deux séries d'argument : la première tendait à la requalification du contrat de commission-affiliation en contrat d'agent commercial et, par conséquent, au bénéfice de l'indemnité de fin de contrat dont bénéficient les agents commerciaux. La seconde, fondée sur l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, reposait sur la démonstration du caractère brutal de la rupture d'une relation commerciale établie. Les deux moyens ont été successivement rejetés par les premiers juges, puis par la Cour d'appel de Versailles.

S'agissant de la demande de requalification, la Cour décide, après avoir relevé plusieurs éléments établissant l'indépendance du commissionnaire-affilié, que ce dernier « *ayant la qualité de commerçant indépendant et exploitant un fonds de commerce comprenant une clientèle propre, ce contrat ne peut s'analyser en contrat d'agent commercial, mandataire chargé de façon permanente de négocier, et n'ouvre pas droit à une indemnité destinée à compenser la perte de marché* ». S'agissant de la demande fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la Cour juge que le délai de dénonciation du terme, de huit mois, a été respecté par le commettant et est suffisant eu égard à l'ancienneté des relations entre les parties, qui était de l'ordre de sept ans. La dénonciation du terme est donc jugée régulière.

CA Aix-en-Provence, 9 juin 2011, RG n°2011/247
Cautionnement bancaire et nullité prétendue du contrat de franchise

Une banque avait consenti à une société franchisée un prêt professionnel destiné à financer un programme d'investissement. Le gérant majoritaire de la société franchisée s'était porté caution de l'emprunt ainsi octroyé. Assez rapidement, la société franchisée fut placée en liquidation judiciaire. La banque mis ainsi en cause le gérant majoritaire, caution de l'emprunt.

Par jugement du 28 octobre 2009, le Tribunal de commerce de Nice a condamné la caution au remboursement de l'emprunt garanti. La caution a fait appel de la décision. La caution soutient notamment en appel la nullité du cautionnement en raison de la nullité dont se trouverait affecté le contrat de franchise et la mise en cause de la responsabilité de la banque. En effet, la caution indique qu'elle ne s'était engagée dans le cadre du contrat de franchise qu'à la suite des manœuvres dolosives du franchiseur qui lui aurait présenté une étude prévisionnelle dont les chiffres se seraient avérés totalement fallacieux, l'entreprise étant, selon ses dires, d'emblée vouée à l'échec. La caution considère par ailleurs que la banque ne pouvait, selon elle, ignorer cette situation.

La Cour d'appel relève que si le dirigeant majoritaire de la société franchisée, en sa qualité de caution, peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette, il n'est en revanche pas recevable à opposer au créancier la nullité relative au dol qui aurait affecté le consentement de la société franchisée lors de la conclusion du contrat de franchise, s'agissant d'une exception purement personnelle, que seule cette dernière est en droit de soutenir. La Cour d'appel ajoute, au surplus, que le cautionnement litigieux ne garanti pas l'exécution des obligations financières stipulées à la charge de la société franchisée aux termes du contrat de franchise, mais celles résultant d'un contrat de prêt souscrit postérieurement et destiné à financer un programme d'investissement, contrat dont la nullité qui n'est pas, au demeurant, demandée par la caution, ne pourrait, en tout état de cause, libérer la caution demeurant tenue, dans ce cas, de garantir l'obligation de restitution des fonds. S'agissant de la mise en cause de la banque, la Cour rappelle les dispositions de l'article L.650-1 du code de commerce et relève que la caution ne rapporte pas la preuve de l'existence d'une collusion frauduleuse entre la banque et le franchiseur.

CA Paris Pôle 5, chambre 4, 15 Juin 2011, RG n° 08/19370
L'entendu tacite du territoire d'exclusivité du franchisé

Un contrat de franchise a été conclu accordant au franchisé une exclusivité territoriale sur le centre et le sud de la Haute-Vienne.

Postérieurement, un nouveau franchisé s'implanta dans la partie nord de la Haute-Vienne. Le premier franchisé reprocha alors au franchiseur cette implantation considérant que celle-ci violait l'exclusivité territoriale, le franchisé soutenant que lui et le franchiseur s'étaient tacitement accordés pour étendre la zone d'exclusivité du franchisé à la partie nord de la Haute-Vienne.

Dans ce contexte, le franchisé décida de résilier le contrat de franchise pour violation par le franchiseur de la zone d'exclusivité qui lui avait été tacitement concédée. Le franchiseur contesta cette résiliation et reprocha par ailleurs au franchisé divers manquements : d'une part, le non paiement des redevances dues et, d'autre part, l'affiliation à un réseau concurrent en violation des stipulations du contrat de franchise.

Par jugement du 19 septembre 2008, le tribunal de commerce de Paris jugea que le franchiseur avait manqué à son obligation de respecter le territoire contractuellement concédé au franchisé et d'en garantir la jouissance paisible. Un appel de la décision a alors été formé.

La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 15 juin 2011, infirme le jugement entrepris. Elle relève que si le franchisé, sur qui pèse la charge de la preuve au regard des dispositions de l'article 1315 du code civil, produit aux débats un ensemble de factures dont certaines tendent à établir l'existence d'une activité commerciale sur le nord de la Haute-Vienne, ces factures n'établissent cependant en rien la connaissance d'une telle activité par le franchiseur ni a fortiori le fait que ce dernier y ait participé, fût-ce indirectement.

La Cour considère donc que la volonté tacite du franchiseur de modifier l'étendue du territoire d'exclusivité du franchisé n'est pas établie.

CONCURRENCE / DISTRIBUTION

Autorité de la concurrence, Rapport annuel du 4 juillet 2011

Publication du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2010

Le 4 juillet dernier, l'Autorité de la concurrence a rendu public son rapport annuel pour l'année 2010, dans lequel elle revient sur les évolutions et décisions majeures de l'année passée, et présente comme chaque année des études thématiques, doctrine annuelle de l'Autorité de la concurrence.

Elle aborde notamment dans son rapport l'utilisation croissante du pouvoir dont elle dispose désormais d'intervenir de sa propre initiative sur des sujets touchant à ses attributions, par le biais d'avis ou de recommandations, voire d'enquêtes sectorielles, telles que celles menées dans le secteur de la distribution (qui ont abouti à deux avis suivis du dépôt d'un projet de loi destiné à réguler la concurrence sur les marchés en cause). Elle se félicite ainsi de l'efficacité de ces prises de position, qu'elle entend poursuivre en 2011 ; elle a ainsi annoncé concomitamment à la publication du rapport, le lancement de deux enquêtes sectorielles, la première concernant le e-commerce, l'autre relative à l'entretien et à la réparation dans le secteur automobile.

Les opérations de concentrations ont connu une augmentation sensible en 2010, avec 213 notifications contre 115 l'année précédente. La plupart de ces opérations a été autorisée par l'Autorité de la concurrence (192 concentrations ont en effet donné lieu à une décision favorable de l'Autorité, dont 185 sans réserve).

La responsabilité pénale des personnes physiques impliquées dans des affaires de pratiques anticoncurrentielles est également rappelée dans le rapport annuel. En effet, en 2010 et 2011, les tribunaux judiciaires ont su rappeler l'existence de ce risque aux dirigeants d'entreprises ayant participé à des ententes anticoncurrentielles. Une fois les entreprises condamnées par l'Autorité de la concurrence, des poursuites pénales ont été engagées à l'encontre des chefs d'entreprise dans deux affaires d'ententes sur marchés publics. Des amendes, parfois lourdes, ont été prononcées, mais également et surtout des peines de prison (avec sursis).

Cette année, l'Autorité de la concurrence a consacré l'intégralité de son étude thématique au secteur de la distribution, en y abordant différents thèmes, intéressant tous types de réseau, et non pas exclusivement la distribution alimentaire, bien que celle-ci soit principalement concernée par les thématiques abordées, dont certaines lui sont plus spécifiques (foncier commercial, etc.)

En premier lieu, elle évoque les barrières à l'implantation de nouveaux établissements : d'une part des barrières réglementaires existent en raison des règles d'urbanisme commercial, et d'autre part celles créées par les opérateurs du fait de leur gestion du foncier commercial ou subies par eux du fait de la lenteur des procédures qui ralentissent l'implantation de nouvelles surfaces de vente.

L'Autorité aborde ensuite l'organisation des acteurs de la distribution et leur pouvoir de marché. Elle consacre bien entendu ses développements aux réseaux de distribution composés de distributeurs indépendants (quelle que soit la forme juridique choisie, telle que la franchise, ou tout au contraire le mode coopératif), dont il convient, pour préserver la concurrence, d'assurer la mobilité inter-enseigne. En particulier, l'Autorité de la concurrence aborde les limitations de la liberté commerciale des distributeurs. Ceux-ci sont souvent contraints dans le choix de leur approvisionnement en produits (par le biais notamment d'obligations d'assortiment minimum commun à l'ensemble des magasins de l'enseigne, ou encore d'interdictions de revendre les produits de distributeurs concurrents). Par ailleurs, s'agissant des coopératives, les prix de revente des produits peuvent être imposés à l'ensemble du réseau, limitant ainsi considérablement le pouvoir concurrentiel des distributeurs sur le marché.

Enfin, parmi les autres thèmes abordés, l'Autorité de la concurrence opère une analyse des relations fournisseurs – distributeurs, prenant en compte la puissance d'achat de certains distributeurs, et ses effets, qu'elle analyse principalement comme positifs pour le client final.

Décision Adlc n°11-SOA-08, 1^{er} juillet 2011

Un nouveau regain d'attention sur la distribution par Internet

La vente en ligne fait une nouvelle fois l'objet de l'attention des institutions en charge de la régulation de la concurrence : d'une part, en France, par l'Autorité de la concurrence, avec le lancement d'une enquête sectorielle relative au commerce électronique et, d'autre part, par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), qui devra prochainement se prononcer sur ce sujet dans le cadre d'une affaire contentieuse d'origine française.

S'agissant tout d'abord de l'Autorité de la concurrence, celle-ci a annoncé le 4 juillet dernier qu'elle s'autosaisissait pour avis et lançait ainsi une vaste étude sectorielle concernant le fonctionnement de la concurrence dans le secteur du commerce électronique.

Le marché de la vente en ligne est une source d'intérêt légitime pour l'autorité chargée de réguler la concurrence, compte tenu non seulement de son importance économique (avec un chiffre d'affaires de 31 milliards d'euros en 2010, généré par 28 millions de clients en France), mais également de son évolution particulièrement forte en France. En effet, alors que la moyenne des pays européens a connu une croissance moyenne du e-commerce de 19% entre 2008 et 2010, la France enregistre sur la même période une progression de 29,5%. Ainsi, à ce jour, le commerce électronique représente 6% du commerce de détail en France.

Dans le cadre de son étude, l'Autorité de la concurrence aura trois objectifs :

- analyser le fonctionnement de la concurrence dans le secteur du e-commerce ;
- détecter ses éventuels dysfonctionnements ;
- émettre des recommandations susceptibles de corriger ces éventuels dysfonctionnements.

Outre un élément de réflexion quant aux méthodes à mettre en œuvre au sein des réseaux de distribution pour ne pas encourir de risque du point de vue du droit de la concurrence, l'étude menée par l'Autorité de la concurrence pourra constituer un outil utile pour les réseaux de distribution qui s'interrogent sur la stratégie à adopter en matière de vente en ligne.

En effet, l'Autorité de la concurrence procèdera à une analyse détaillée notamment de l'impact du e-commerce sur le commerce dit « traditionnel ».

Cette étude devrait révéler la réalité des impacts de la vente en ligne sur les réseaux de distribution hors lignes (points de vente physiques). L'Autorité de la concurrence constate d'ores et déjà que les réseaux actifs à la fois hors ligne et en ligne (dits « *click and mortar* ») viennent de plus en plus concurrencer les distributeurs dédiés à la vente en ligne (dits « *pure players* »). Dans le cadre de son étude, l'Autorité devrait faire état des écarts de prix (réels ou supposés) existant dans les deux circuits de distribution et de la pression concurrentielle découlant, pour les points de vente hors ligne, de l'existence de la vente en ligne.

Enfin, on précisera que l'Autorité de la concurrence a indiqué qu'elle s'intéresserait également d'une part au pouvoir de marché éventuellement détenu par les distributeurs, et d'autre part aux relations commerciales entre les fabricants (ou les réseaux de distribution) et les distributeurs en ligne (notamment s'agissant des restrictions apportées aux ventes en ligne par les fournisseurs et les têtes de réseaux).

S'agissant de la CJUE, celle-ci devrait se prononcer sur la question préjudicielle posée par la Cour de Paris dans l'affaire « Pierre Fabre ». La CJUE est interrogée sur le point de savoir si une interdiction générale et absolue de vendre en ligne les produits aux clients finaux, qui serait imposée à des distributeurs sélectifs, constitue une restriction caractérisée de la concurrence échappant à l'exemption par catégorie, mais serait dans ce cas susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle. Rappelons que cette question avait été posée par la cour sous l'empire de l'ancien règlement, depuis remplacé par le règlement n°330/2010. Récemment, l'Avocat général a rendu ses conclusions, incitant la CJUE à confirmer l'exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie, une interdiction générale et absolue faisant obstacle selon lui aux ventes actives comme passives. Seuls des cas exceptionnels pourraient alors justifier une telle interdiction. En revanche, il n'exclut pas la possibilité d'une exemption individuelle, bien qu'en pratique celle-ci soit peu souvent envisageable.

DROIT DES MARQUES

CA Paris, 3 juin 2011, RG n°09/13165

Accord de coexistence et preuve de la violation de l'accord

Les accords de coexistence permettent de régler les conflits entre des marques ou de les anticiper en organisant contractuellement les conditions d'exploitation des signes en conflit. Les décisions rendues en la matière sont suffisamment rares pour que cet arrêt, rendu sur renvoi après cassation, retienne notre attention.

Dans cette affaire, les titulaires de marques avaient organisé la coexistence de celles-ci, mais le conflit ne tarda pas à resurgir. En effet, l'une des parties reprochait à l'autre d'avoir méconnu son engagement consistant à ne pas exploiter ses marques pour la commercialisation de vêtements pour enfants. La Cour rejette la demande après un examen attentif des éléments de preuve et considère que les vêtements prétendument à destination des fillettes de moins de 16 ans comportent des éti-

quettes, correspondant aux normes AFNOR, avec la mention taille 34 et S ; quant au catalogue, il est à destination des jeunes femmes et non des enfants. De même, les autres éléments versés aux débats ne sont pas considérés comme suffisamment probants : les articles de presse font certes état du lancement d'une gamme junior, mais n'indiquent pas sous quelle marque la collection sera commercialisée, de même l'offre d'emploi pour recruter une styliste responsable de la cible 14/20 ans ne permet pas de déterminer quelle sera la marque utilisée pour la collection junior.

En définitive, le demandeur ne disposait pas de d'éléments suffisamment tangibles et probants pour établir la violation de l'accord de coexistence et avait trop anticipé sur les intentions de son partenaire pour que sa demande aboutisse.

CA Paris, 22 juin 2011, RG n°09/00405

Une marque de position en mauvaise posture

Les marques de position intéressent de plus en plus la jurisprudence amenée à se prononcer sur la validité de telles marques. L'une d'entre elles, bien connue des *fashionistas*, vient d'en faire lourdement les frais. En l'espèce, le titulaire de la marque constituée d'une semelle rouge et la société exploitant cette marque assignèrent en contrefaçon et concurrence déloyale une société de prêt à porter en lui reprochant d'avoir commercialisé des chaussures à semelles rouges.

En première instance, la contrefaçon fut rejetée faute de preuve d'un risque de confusion, mais les juges admirèrent que la défenderesse s'était placée dans le sillage des demandeurs pour tirer indûment profit de ses investissements et entretenir la confusion entre les modèles. La Cour adopte une position plus sévère pour les demandeurs dans cet arrêt que les juges ont pris soin de motiver.

La Cour prononce la nullité de la marque et, en conséquence, déclare l'action en contrefaçon irrecevable. Selon les juges, ni la forme ni la couleur du signe ne sont définies avec précision pour lui conférer un caractère distinctif.

La demande formée sur la concurrence déloyale et parasitaire est pareillement rejetée. Selon la Cour, reconnaît le bien fondé de cette demande reviendrait à conférer aux demandeurs le pouvoir d'interdire à quiconque de commercialiser des chaussures munies de semelles de couleur rouge. Bien que le public et la presse puissent associer la marque à la semelle rouge, la Cour considère que cela ne justifie pas l'appropriation du concept consistant à munir systématiquement les chaussures de semelles rouges, ce qui heurterait le principe selon lequel les idées sont de libre parcours. La Cour écarte également tout risque de confusion.

ACTUALITE SIMON ASSOCIES

PUBLICATIONS RECENTES

F.-L. SIMON – « *Brésil – Nouveau territoire à conquérir* »

[Points de Vente – 20 juin 2011](#)

F.-L. SIMON – « *Signes distinctifs et référés* »

[Franchise Magazine – Juin 2011](#)

F.-L. SIMON et G. COUSIN – « *Marques – Droit français – Conseils Pratiques* »

Juris-Classeur Commercial, Fascicule 602, 2011

G. TOUSSAINT-DAVID – « *Publicité comparative – Quelques règles à respecter* »

[Points de Vente – 6 juin 2011](#)

F. SERGENT – « *C'est dit sur Franchise TV !* »

[Officiel de la Franchise – Juin 2011](#)

F. SERGENT et H. HOMAYOUNIAN – « *Franchise et Brésil* »

[Le Monde du Droit – 15 juin 2011](#)

PROCHAINS EVENEMENTS

SIMON ASSOCIES (Me François-Luc Simon et Gaëlle Toussaint-David) participera à la conférence du Club FRANCHISES ET RESEAUX, animée par le Cabinet Inlex et la société Le Phare, qui se tiendra à Paris le **20 octobre 2011** sur le thème de « *l'Internet et l'extranet pour les Réseaux : Obligation de Mutation* ».

Me François-Luc SIMON interviendra le **30 novembre 2011** à la convention juridique annuelle de la FFF à propos du rapport de l'ADLC du 7 décembre 2010 et du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, actuellement débattu à l'Assemblée Nationale.

D'autres évènements auront lieu au dernier trimestre de l'année 2011, dont la date n'est pas encore fixée à ce jour. Des dates précises seront communiquées dans la prochaine Lettre des Réseaux, au mois septembre.

ERRATUM

Dans la seconde colonne de la page 3 de la Lettre des réseaux de mai 2011, trois paragraphes issus de notre précédent article relatif à la franchise au Canada ont été insérés dans l'article relatif au Brésil.
Nous vous prions de bien vouloir nous en excuser.