

pouvant même finir de convaincre du contraire...

– Enfin, sur les remises de fin d'année, le distributeur estimait avoir subi un préjudice du fait qu'elles n'étaient plus octroyées par les fournisseurs directement mais transitaient par la société SMEA-GEP, à l'inverse de ce que stipule le contrat. La société SMEA-GEP ne le conteste pas mais l'explique par la mise en place d'un système d'achat-revente, dans l'intérêt des adhérents et en particulier du distributeur qui en a d'ailleurs profité sans jamais le critiquer.

Les modalités conventionnelles de versement des remises de fin d'années ont ainsi été modifiées par la société SMEA-GEP. Pour autant, la Cour donne tort au distributeur au motif qu'il ne justifie ni même ne prétend avoir contesté cette modification des modalités de distribution des remises de fin d'année, ni ne fait la démonstration d'aucun préjudice en lien avec le non-respect des termes du contrat. La motivation est ambiguë car, selon la lecture que l'on en fait, elle renvoie à des formes de modification distinctes.

Selon une première lecture, il s'agirait ici d'une modification conventionnelle. En relevant que le distributeur ne s'y était pas opposé, la Cour ne considère-t-elle pas, en effet, qu'il y a implicitement consenti ? Une telle interprétation rend toutefois superflue la référence aux raisons ayant conduit la société SMEA-GEP à procéder à cette modification comme à l'absence de préjudice en résultant pour le distributeur : le consentement de celui-ci suffit à valider la modification.

Ces considérations suggèrent alors qu'il s'agissait d'une modification unilatérale, d'autant que Cour vise « le non-respect » des termes du contrat. Mais cette modification unilatérale serait en l'occurrence jugée non fautive du fait qu'elle poursuivait un objectif légitime et ne préjudiciait pas le distributeur. Cette seconde lecture interroge toutefois car le principe d'intangibilité des contrats empêche la modification unilatérale du contrat, fusse pour une raison légitime et alors même qu'elle ne causerait aucun dommage au cocontractant.

Quelle que soit la lecture retenue, la solution paraît raisonnable, dans la mesure où la modification n'était pas substantielle, obéissait à un motif légitime, ne causait aucun préjudice au cocontractant et n'était pas contestée par celui-ci sinon à l'occasion d'un litige qui lui semble extérieur.

N. Ferrier

ADLC, 19 décembre 2023, Déc. n° 23-D-13

## Internet et distribution sélective : la vigilance et la sévérité du gendarme français de la concurrence toujours de mise

**Faits.** Un syndicat professionnel et un exploitant de boutiques d'horlogerie ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Rolex France dans le secteur de la distribution de montres de luxe. Filiale française du groupe suisse, cette société est l'unique importateur des produits de la marque dans l'hexagone. Active sur le marché français de la distribution des montres de luxe, Rolex France, par sa notoriété et sa part de marché, en est l'acteur le plus important. Pour commercialiser ses montres, l'entreprise s'appuie sur un réseau de revendeurs indépendants agréés. Ainsi, elle revend ses montres aux détaillants horlogers-bijoutiers auxquels elle accorde une exclusivité de fourniture, dans le cadre d'un « contrat de distribution sélective Rolex ».

Il lui est fait grief d'avoir pris part, du 13 octobre 2011 jusqu'à ce jour, à une entente généralisée avec ses distributeurs pour que les montres de la marque Rolex ne soient pas commercialisées par lesdits revendeurs via Internet en violation des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. En raison de son objet et de ses effets, cette pratique fausserait le jeu de la concurrence. Rolex France objecte que l'interdiction de la vente en ligne vise à préserver son image et lui permet de lutter contre la contrefaçon et la vente hors réseau. Justifiée, l'interdiction de vente en ligne imposée à ses distributeurs agréés ne constitue par conséquent pas une restriction de concurrence.

**Problème.** L'Autorité doit ainsi déterminer si l'interdiction de la vente par internet imposée par la tête de réseau à ses affiliés restreint ou non la concurrence entre les distributeurs agréés au détriment des consommateurs et, en particulier, si les objectifs poursuivis par Rolex peuvent légitimer une telle prohibition.

**Solution.** Il est jugé, d'une part, que les stipulations litigieuses du contrat de distribution sélective, relatives à l'interdiction de la vente en ligne caractérisent une entente verticale et, d'autre part, que cette restriction n'est pas justifiée par la nécessité de préserver le prestige de la marque et de lutter contre la contrefaçon et le commerce parallèle. D'une particulière gravité, cette restriction de concurrence ne peut bénéficier ni de l'exemption catégorielle ni de l'exemption individuelle.

**Analyse.** La décision s'inscrit dans le droit fil d'une pratique décisionnelle à sévérité constante envers les promoteurs de réseaux de distribution sélective cherchant à entraver, plus ou moins directement, la liberté de leurs distributeurs agréés de recourir à la vente en ligne (v.

notamment, ADLC, 1<sup>er</sup> juill. 2019, déc. n° 19-D-24, pour des cycles haut de gamme ; Cass. com., 26 janv. 2022, n° 19-24.464, pour des produits de motoculture ; ou encore tout dernièrement, ADLC, 11 déc. 2023, déc. n° 23-D-12, pour des thés de luxe, V. *infra* Brèves).

Sur la démonstration d'une restriction de concurrence par l'objet, l'Autorité rappelle puis applique le principe de solution posé la Cour de justice dans la décision *Pierre Fabre*. Ainsi, « une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet au sens de [l'article 101, §1, TFUE] si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée » (CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, § 47).

En l'espèce, le contrat de distribution sélective interdisait la vente des montres de la marque hors de l'établissement de vente ou par correspondance et donc, *a fortiori*, par le biais d'internet (§264). Dans un courrier destiné à l'un de ses distributeurs, Rolex reconnaissait elle-même cette interdiction : « nous vous confirmons qu'en aucune manière nos distributeurs Agréés qui sont les seuls autorisés à vendre nos produits, ne peuvent le faire par Internet, pas plus que par correspondance. Toute vente sur Internet vient en contravention avec les dispositions de l'article IV.3.b du Contrat de Distribution Sélective souscrit par l'ensemble de nos Distributeurs agréés » (§267). Pour tenter de justifier le bien-fondé de la clause litigieuse, Rolex soutient que l'absence de vente en ligne permet de garantir aux consommateurs un environnement d'achat adapté au caractère luxueux des produits, de lutter contre la contrefaçon (Rolex figure en tête des produits les plus contrefaits) et contre les réseaux parallèles (la présence d'une montre neuve authentique sur internet permet d'identifier avec certitude qu'elle a été vendue hors réseau). Si l'Autorité ne conteste pas la légitimité de ces objectifs, elle estime cependant que l'interdiction de vente en ligne n'est pas une mesure proportionnée. Ainsi, elle observe que les principaux concurrents de Rolex, eux-mêmes confrontés à ce type de risques, ont mis en place des solutions, notamment technologiques (par exemple, un passeport numérique encrypté dans la *Blockchain*), permettant de concilier vente en ligne et lutte contre la contrefaçon et la vente hors réseau (§304). De surcroît, Rolex a elle-même développé, en lien avec l'un de ses distributeurs, un programme permettant d'acheter en ligne des montres d'occasion dont elle garantit l'authenticité. Par ailleurs et sans surprise, l'argument de la préservation de l'image de marque est rejeté par l'Autorité, comme dans la décision *Pierre Fabre* (CJUE, 13 oct. 2011, préc., §46). Aucun argument du fournisseur ne peut donc justifier l'interdiction absolue de la vente en ligne de ses produits. Celle-ci constitue bien, dès lors, une restriction de concurrence par l'objet.

Sur la possibilité de l'exemption catégorielle, l'Autorité prend une nouvelle fois appui sur la jurisprudence *Pierre Fabre* : « une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective » et doit, par conséquent, être considérée comme une restriction caractérisée excluant le bénéfice de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 en faveur des restrictions verticales (CJUE, 13 oct. 2011, préc., §48 à 59). Bien qu'inapplicable en l'espèce, le nouveau règlement d'exemption qualifie plus explicitement de restriction caractérisée le fait pour le fournisseur « d'empêcher l'utilisation effective de l'Internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels » (Règl. 2022/720, art. 4, e)). La restriction de concurrence induite par l'interdiction des ventes en ligne ne peut donc être sauvée sur le fondement du règlement d'exemption n° 330/2010.

Sur la possibilité de l'exemption individuelle, une telle échappatoire est également exclue pour Rolex. L'Autorité considère en effet que l'interdiction générale et absolue des ventes en ligne n'apparaît pas indispensable pour atteindre les objectifs poursuivis par le chef de réseau qui pourraient être atteints par des moyens moins restrictifs de concurrence (§356). Faute de remplir la troisième condition posée par le § 3 de l'article 101 TFUE, l'entente anticoncurrentielle ne peut bénéficier d'un bilan économique positif.

Sur la détermination de la sanction, l'Autorité estime que les agissements de la société Rolex France revêtent un haut degré de gravité car ils ferment une voie de commercialisation au détriment des consommateurs et des distributeurs, alors que la distribution en ligne connaît depuis quinze ans un essor croissant pour les produits de luxe, y

compris les montres. Compte tenu de la durée (plus de dix ans) et de la nature de ces comportements, l'Autorité fixe le montant de l'amende infligée à 91 600 000 euros. En raison des liens capitalistiques, organisationnels et juridiques existant entre l'entreprise mise en cause et les entités du groupe implantées en Suisse, mère et filles, l'Autorité tient ces dernières solidairement responsables de l'acquiescement de l'amende. À titre de sanctions complémentaires, Rolex France est enjointe de communiquer à l'ensemble de ses distributeurs agréés le résumé de la décision, de la faire publier sur son propre site internet et, enfin, de le diffuser dans l'édition papier et numérique du *Figaro* ainsi que dans la revue *Montres Magazine*. Compte tenu de l'importance du chiffre d'affaires du groupe Rolex au niveau mondial (estimé à 8 milliards d'euros), on peut se demander si la punition pour l'entreprise contrevenante ne réside pas davantage ici dans le *name and shame* que dans le prononcé de l'amende.

L. Bettoni

## Points de vue pratiques

CA Paris, 29 novembre 2023, n° 22/03166

### Référencement et avantages abusifs

**Faits.** Pour l'exposé des faits, nous renverrons aux observations de C. Mouly-Guillemard (v. *supra*, Focus).

**Problème.** L'arrêt aborde de nombreux sujets que les observateurs des négociations commerciales ne sauraient négliger, tant les enseignements qu'il recèle apparaissent utiles au plan pratique pour l'accompagnement de leurs interlocuteurs, tant dans le cadre des négociations commerciales que des contentieux actuels ou à venir. Un véritable festival d'informations. On se concentrera, pour notre part (adde. *supra*, C. Mouly) sur la réponse à l'une des principales questions, fréquente en pratique et qui peut donner lieu à des réponses parfois hésitantes ou frileuses. A savoir celle du caractère monnayable ou non, au regard de l'article L. 442-6 I 1°, de la tâche de référencement à l'occasion de la relation commerciale mettant en présence un fournisseur et un acteur de la grande distribution.

**Solution.** A l'issue de la confrontation des moyens des parties sur un service de « *référencement assortiment permanent* » pour 2016 et 2017, la Cour constate que les explications et les pièces produites par la centrale de référencement du Groupe Casino (AMC) ne permettent d'appréhender ni la consistance exacte de ce service, « *ni en quoi il se distingue du simple référencement des produits FG Diffusion* », ni de son ampleur dans la variété de gammes justifiant une rémunération spécifique. Dans ces conditions, AMC « *ne justifie pas avoir accompli un service détachable de l'opération d'achat-vente* » en contrepartie de la somme versée par la société FG Diffusion au titre de la rubrique « *référencement assortiment permanent* (...) ». La solution se retrouve incidemment encore à l'occasion des débats sur le service de « *mise en marché* » pour 2018 et qui conduisent la Cour à estimer, au vu des pièces produites par AMC, que cette dernière ne justifie pas de « *l'exécution d'une prestation autre que du référencement de deux produits de la société FG Diffusion ce qui fait partie de l'opération d'achat-vente* », et qu'AMC « *ne démontre pas avoir réalisé un service spécifique à la "mise en marché" au titre de l'année 2018 en contrepartie de la somme versée à ce titre par la société FG Diffusion* ». Même chose lors de l'examen par la Cour d'appel du bien-fondé de la « *la ristourne de "gamme"* » pour 2018. Ici encore et aux yeux de la Cour, « *la ristourne dite de "gamme" libellée ZRB3 n'a fait l'objet ni d'une facture détaillée ni d'un contrat d'application permettant d'en apprécier le contenu, les modalités d'application et en particulier l'ampleur des gammes de produits de la société FG Diffusion concernés. Si la société AMC explique que l'objectif de cette ristourne était de permettre une gamme de référence des produits FG Diffusion "des plus élargies", force est de constater qu'elle se limite à produire les cadenciers 2018 "sans aucune analyse mettant en évidence l'optimisation des produits de la société FG Diffusion et un service distinct du simple référencement des produits". Dans ces conditions, la société AMC ne justifie pas avoir accompli une prestation détachable de l'opération d'achat-vente en contrepartie de la ristourne obtenue de la société FG Diffusion en 2018* ».

**Observations.** L'arrêt permet, entre autres, de revenir sur une question tant de fois posée : le référencement en tant que tel et en toutes circonstances, à commencer par celle où il est le fait d'une entité au demeurant souvent dédiée à cette tâche au sein d'un groupe de distribution dans lequel d'autres entités achètent et revendent les

produits du fournisseur, peut-il se monnayer ? Nous nous penchions d'ailleurs récemment sur cette question du caractère monnayable de certains versements auprès de Centrales de la grande distribution, alors intrigué que nous étions à la lecture d'un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris (Paris, 6 sept. 2023, n° 21/19954, Lettre distrib. 11/2023, *nos obs.*). Riche, pratique et clair : indépendamment des solutions apportées en l'espèce, tels sont de notre point de vue les caractères de l'arrêt sous commentaire. Tel n'est pourtant pas nécessairement toujours notre sentiment, davantage réservé sur d'autres arrêts traitant de problématiques voisines et convoquant quelques rendez-vous sur des interrogations plus fondamentales (ex. Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, Lettre distrib. 12/2023 et RLC 2024/134, n° 4575, *nos obs.*). Mais rien de tel ici. A la lecture de l'analyse menée par la Cour d'appel sur certains services de centrales et de leur caractère monnayable, est-il encore besoin d'épiloguer ? En quoi de tels services, peu importe leur dénomination et pour lequel il a été consenti à un « *avantage* », sont-ils (si) distincts du « *simple référencement* » ? Sans aller jusqu'à la dire avilie, la tâche de référencement est donc banalisée, parce qu'en réalité inhérente à la relation d'achat-vente observée et dont elle n'est pas un « *service détachable* ». Peu importe alors sa désignation comme un « *service* » ou les bavardages qui l'accompagnent parfois dans les conventions qui la prévoient. De tout ceci et à l'issue d'une analyse *in concreto* et comme cela ressort de cet arrêt, il convient de retenir que la requalification menace alors aussi des « *services* » ou « *contreparties* » aux intitulés différenciant tels « *mise en marché* » ou « *ristourne de gamme* ». Dès lors et sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 I 1° du Code de commerce (et *mutatis mutandis* sur le fondement de l'article L. 442-1 I 1°), la vigilance s'impose au plan de la négociabilité à titre onéreux de certaines prestations de référencement et ses déclinaisons, même déguisées en autre chose. L'observation vaut encore nous semble-t-il, lorsqu'il est question d'examiner des contreparties en matière de déséquilibre significatif sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 I 2° (devenu art. L. 442-1 I 2° ; à *rappr.* Com., 25 janv. 2017, n° 15-23547 : Lettre distrib. 02/2017, N. Eréséo ; Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 13/19251 : Lettre distrib. 07-08/2015, *nos obs.* ; T. Com. Paris, 24 sept. 2013 : Lettre distrib. 11/2013 ; Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, Lettre distrib. 07-08/2019, S. Chaudouet. ; Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, RLC 3425, juillet-août 2018, n° 74, p. 16 et s., *nos obs.*), même si la convergence dans l'analyse menée au visa des 1° et 2° de l'article L. 442-6 I s'avère parfois aléatoire (cf. Paris, 25 oct. 2023, n° 21/11927, *préc.*). En pleine période de négociation commerciale, même si certaines se terminent déjà en ce milieu du mois de janvier 2024 ou se clôt à la fin de ce mois à raison du dispositif exceptionnel pour 2024 prévu par la loi n° 2023-1041 du 17 novembre 2023 (Lettre distrib. 02/2017, N. Eréséo), tel sera – sans plus – l'éclairage que nous souhaitons donner sur l'un des principaux apports de l'arrêt sur cette problématique récurrente, sans amoindrir bien entendu l'intérêt des autres sujets qu'il aborde.

J.-M. Vertut

CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 6 décembre 2023, n° 21/08983

### Déséquilibre significatif dans la franchise (non), point de départ du préavis de rupture et procédure abusive (oui)

**Faits.** La société Monts Fournil anime un réseau de boulangerie sous l'enseigne « La Mie Caline », composé de magasins exploités par des filiales ou par des commerçants indépendants franchisés.

Le même jour, 30 septembre 2011, la société Esquirol conclut parallèlement avec la société Toulouse Trois un contrat de location-gérance portant sur son fonds de commerce de boulangerie exploité sous l'enseigne La Mie Caline et avec la société Monts Fournil un contrat de franchise lui permettant d'exploiter le fonds loué sous l'enseigne La Mie Caline. Les deux contrats sont conclus pour des durées identiques, un an, renouvelable par tacite reconduction d'année en année, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties au moins 6 mois à l'avance, sans pouvant excéder 7 ans, la fin du contrat de location-gérance entraînant *ipso facto* la fin du contrat de franchise. Il est présumé des termes de l'arrêt que le loueur du fonds et le franchiseur appartiennent au même groupe.

Le 30 septembre 2016, le locataire-gérant franchisé assigne le loueur en nullité du contrat de location-gérance. Le contentieux se solde par une transaction aux termes de laquelle, notamment, le loueur diminue de 18,75 % le loyer annuel de location gérance, tandis que la société Esquirol renonce à ses griefs et se désiste de son action.

En 2017, le loueur informe toutefois la société Esquirol, comme le contrat l'y autorisait, de sa décision de dénoncer le contrat de location-gérance à son échéance du 30 septembre 2017. Elle revient ensuite sur sa décision, les parties signant un nouveau contrat de location-gérance et un nouveau contrat de franchise, les clauses relatives à la durée et à la dénonciation des contrats restant identiques à celles contenues dans