

CONCURRENCE DÉLOYALE ET DISTRIBUTION SÉLECTIVE D'UN PRODUIT QUASIMENT "MYTHIQUE" : LE JEAN LEVI'S

Cour d'appel de Paris, 5ème ch, sect. A, 7 novembre 2001, n°2001/13151, SA Auchan c/ Levi Strauss Continental

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université Aix-Marseille

Thème : Concurrence déloyale – distribution sélective – jeans – produits haut de gamme (oui) – licéité du réseau (oui) – critères objectifs de nature qualitative - grande distribution – exclusion de principe (non) - distribution hors réseau – approvisionnement illicite (oui)- identité cachée des fournisseurs - concurrence déloyale (oui)

Est établie l'existence d'un réseau de distribution sélective sur l'ensemble de l'Espace Economique Européen, géré dans chaque pays européen par une filiale de la société américaine Levi Strauss International, et pour la France par Levi Strauss Continental, sur la base d'un système uniforme, sauf différences de détail de rédaction des critères de sélection.

Est justifiée la mise en place d'un réseau de distribution sélective par Levi Strauss tant la qualité des jeans qu'il fabrique depuis plus d'un siècle est reconnue et revêt un caractère quasiment "mythique".

Est établie la licéité d'un tel réseau. En effet, les critères qualitatifs ne visent pas à exclure la grande distribution, parfaitement à même de mettre en place sur les surfaces qu'elle exploite des secteurs réservés aux produits de qualité, si ce n'est de haute qualité, voire de luxe, comme le sont les matériels informatiques, HIFI, la parapharmacie, les cosmétiques et les bijoux. En outre, ces critères n'imposent pas des obligations excessives dans la mesure où elles trouvent leur compensation dans le profit retiré par le distributeur de la valorisation de la marque et de sa promotion.

La société de grande distribution qui s'approvisionne en produits relevant d'un réseau de distribution sélective et qui refuse de justifier leur provenance démontre l'illicéité de son approvisionnement et commet de ce seul fait des actes de concurrence déloyale au sens de l'article 1382 du code civil.

I.- L'appréciation préalable du réseau de distribution au regard de la libre concurrence	3
A. – L'existence d'un véritable réseau de distribution.....	3
B. – La licéité du réseau de distribution sélective.....	4
II. – La protection du réseau par la sanction de la concurrence déloyale	7
A. – Le promoteur du réseau, demandeur à l'action en concurrence déloyale.....	7
B. - Typologie des actes déloyaux à l'encontre des réseaux de distribution sélective.	8

1. – La concurrence déloyale des distributeurs non agréés faite aux membres des réseaux de distribution sélective nourrit un contentieux lourd et ancien ⁽¹⁾. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 7 novembre 2001 en illustre la permanence. Il a assurément le mérite de s'inscrire dans une analyse permettant une articulation assez satisfaisante entre les exigences de la libre concurrence, destinées à protéger le bon fonctionnement du marché, et la sanction de la concurrence déloyale, destinée à jouer un rôle disciplinaire au nom de la morale des affaires ⁽²⁾. Mais il présente aussi l'intérêt de conforter une **notion élargie du produit haut de gamme, dont la spécificité donne la raison d'être des réseaux de distribution sélective**. La Cour d'appel de Paris réitère ici une appréciation des qualités spécifiques des jeans de la marque Levi's qu'elle avait déjà admise récemment ⁽³⁾.

2. – L'origine du litige est habituelle entre les opérateurs de la grande distribution et les producteurs de produits de marque. La société Auchan voulait depuis plusieurs années vendre dans ses hypermarchés et supermarchés des jeans de la marque Levi's. La société Levi Strauss Continental s'y opposait en faisant valoir qu'elle avait mis en place un réseau de distribution sélective pour la commercialisation de ses jeans depuis le 1er décembre 1995. Nonobstant ses refus, la société Auchan est parvenue à se procurer des produits de la marque Levi's. La société Levi Strauss continental a fait ainsi constater, entre avril et mai 2000, que sept magasins de cette société Auchan avaient vendu des jeans Levi's 501 et a, en vain, mis en demeure cette société de lui communiquer l'identité de ses fournisseurs. Ultérieurement, la société Auchan a lancé une campagne nationale de publicité annonçant la vente de jeans Levi's 501. Alertée par cette publicité, la société Levi Strauss Continental a à nouveau fait constater la vente de ses produits dans des supermarchés Auchan. Le tribunal de commerce d'Evry a alors ordonné à la société Auchan de cesser immédiatement la commercialisation des produits de marque Levi's en provenance de l'Union européenne. La société Auchan a interjeté appel et a contesté la validité du réseau de distribution sélective. **La Cour d'appel de Paris confirme le jugement d'interdiction de vente, au motif d'un approvisionnement illicite constitutif d'un acte de concurrence déloyale**.

3. – De fortes inquiétudes sont exprimées sur l'avenir de la distribution sélective au regard des exigences de la libre concurrence. **La facilité d'accès en termes de sélection de qualité, mais aussi la facilité de contournement de l'organisation en réseau sont dénoncées** ⁽⁴⁾. Il est donc opportun de rappeler, avec la présente affaire, que le droit positif n'est pas si défavorable à la distribution sélective et permet de sanctionner les dérives de la grande distribution. L'espèce correspond, certes, à un cas de figure assez rudimentaire, loin des subtilités de la sélection propre à la distribution de certains produits. Mais, cette affaire

¹ M. Behar-Touchais, La protection du réseau de distribution, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, Montchrestien 1996, p.54.

² M.-A. Frison-Roche, Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme, RJDA 6/94, p.483.

³ CA Paris, 11 octobre 2000, D. 2000, Cah. dr. aff. n°44, jur. 443.

⁴ B. Schaming, La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite, D. 2000, Cah. dr. aff., n°11, chron., p.173.

souligne que des efforts d'adaptation, quelle qu'en soit l'ampleur, doivent toujours être faits. Si la grande distribution s'y refuse, l'accès aux produits est alors difficile sans encourir des risques d'approvisionnements illicites. La société Auchan France a crû qu'elle pourrait se dispenser, à bon compte, des efforts d'aménagement exigés pour la distribution sélective des jeans Levi's. Elle s'est contentée d'approvisionnements qui, parce qu'ils sont occultes, sont présumés frauduleux et, à ce titre, elle est sanctionnée. Les juges du fond ont fait la démonstration d'une **appréciation souple de la licéité des réseaux** (I). Quant à la condamnation de la revente parallèle, elle est ici aisée et illustre combien reste **utile la présomption d'approvisionnement irrégulier en cas de silence du revendeur parallèle sur son origine**. Mais, ce n'est qu'une voie parmi d'autres, car la théorie de la concurrence déloyale a des ressources. Pour répondre aux craintes relatives à une fragilisation de la distribution sélective, il convient d'insister sur la caractérisation des fautes permettant de sanctionner l'habileté des "free riders" (II).

I.- L'APPRECIATION PREALABLE DU RESEAU DE DISTRIBUTION AU REGARD DE LA LIBRE CONCURRENCE

4. – Bien que demandeur à l'action, le promoteur doit prouver que les conditions de la licéité de son réseau sont réunies au regard de la prohibition des ententes, tant sur le plan national que communautaire (B). Cette preuve préalable se conçoit aisément puisqu'il s'agit d'établir l'élément générateur du droit à protection ⁽⁵⁾. Mais, avant même de contester la licéité du réseau, le défendeur avait tenté de remettre en cause l'existence d'un véritable réseau de distribution sélective (A).

A. – L'existence d'un véritable réseau de distribution

5. – **Peu importe si le réseau ne repose pas sur des liens contractuels entre le producteur et les distributeurs agréés.** La société Auchan France prétendait que le système de commercialisation mis en place par la société Levi Strauss n'était pas un véritable réseau de distribution sélective au motif que les distributeurs n'étaient pas liés à cette société Levi Strauss, mais à des personnes morales distinctes. De fait, plusieurs sociétés en Europe agréaient les distributeurs, de telle sorte que les liens contractuels noués par chacune d'elles pouvaient apparaître comme la formation d'un système précisément propre à chacune. En l'occurrence, c'était la société Levi Strauss Continental, société de droit belge, et non la société Levi Strauss International, de droit américain, qui agissait contre la société Auchan France. Mais ce modèle est celui de tous les producteurs qui entendent organiser une commercialisation à l'échelle mondiale. Le producteur appuie sa commercialisation sur la structure d'un groupe de sociétés. Le producteur confie à ses filiales la charge d'agréer les distributeurs dans une zone géographique donnée. Chaque filiale a son siège social dans le pays où elle est censée mettre sur pied le système de commercialisation choisi par la société mère. Jusqu'alors, cette technique d'organisation n'a jamais été un obstacle pour la reconnaissance des réseaux de distribution. Il paraissait vain de reprocher à la société américaine de s'appuyer sur 13 filiales européennes, parmi lesquelles Levi Strauss

⁵ M. Béhar-Touchais, *ibid*, note 35

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 28 décembre 2001

Citation : Catherine PRIETO, « Concurrence déloyale et distribution sélective d'un produit quasi 'mythique' : le Jean Levi's » - Note sous CA Paris, 5ème ch., sect. A, 7 novembre 2001, n°2001/13151, SA Auchan c/ Levi Strauss Continental, *Droit 21*, 2001, Chr., AJ 486

Copyright Transactive™ 2000-2001

Continental, pour assurer la commercialisation de ses produits en Europe. Certes, l'organisation des réseaux par Etat membre aboutit à des cloisonnements juridiques du marché. On peut espérer que dans un proche avenir les réseaux puissent, au sein du marché intérieur, dépasser ces cadres nationaux. L'adoption d'une monnaie commune devrait être une source de simplification, même si demeureront les obstacles inhérents à l'absence de droit commun des contrats.

6. – La multiplication des sociétés chargées d'agréer les distributeurs étaient aussi un moyen de contester **l'uniformité du réseau**. La société Auchan France avait relevé des différences dans les conditions générales de vente en vigueur dans tous les pays européens. Elle prétextait ainsi que le défaut d'uniformité mettait à mal l'existence d'un réseau à l'échelle européenne. Mais il est acquis que le réseau est formé par la juxtaposition de contrats similaires, et non nécessairement identiques ⁽⁶⁾. L'uniformité est appréciée de manière souple. La Cour d'appel de Paris déclare que "*la société Auchan ne saurait se prévaloir de différences de détail de rédaction des critères de sélection figurant dans les conditions générales de vente Levi's utilisées en Italie et aux Pays bas, qui ne portent pas à conséquence*". Les distinctions de détail ne doivent pas nourrir les argumentations de mauvaise foi.

B. – La licéité du réseau de distribution sélective

7. - **Spécificité du produit : la valeur mythique des jeans Levi's.** Le lien entre la licéité du réseau et la nature du produit distribué est la première préoccupation sur le terrain de la licéité. Un système de distribution sélective entrave l'accès au marché, puisque la sélection entraîne par définition le rejet de candidatures, et présente le risque d'affaiblir la compétition intra-marque, notamment sur les prix. Un tel système ne peut être admis que si les propriétés des produits en cause nécessitent certaines modalités de commercialisation pour en préserver la qualité. Exit le produit banal ! Or, le jean n'est-il pas le prototype du vêtement de travail ? Il avait déjà cette vocation avant même de répondre aux Etats-Unis aux besoins des chercheurs d'or et des cow-boys. Ce fut d'abord le pantalon de toile épaisse des marins de Gênes, dont le nom en anglais "*genoese*" a donné le terme "*jean*" ; puis, les bâches à partir du sergé de Nîmes ⁽⁷⁾. Levi Strauss n'était-il pas un colporteur cherchant à écouler ces bâches très bon marché en y taillant des pantalons ? Mais le jean a ensuite épousé la légende du héros de la conquête de l'Ouest, puis celle de James Dean dans la Fureur de vivre. Après avoir traversé toutes les époques, le Levi's a non seulement fait ses preuves en tant que valeur sûre, mais il est devenu symbole d'une manière d'être. Et se greffe alors, sur le mythe, la recherche du jean authentique. Pour pérenniser la valeur économique qui s'y attache, il est logique que Levi Strauss s'appuie sur un canal de commercialisation spécifique. Les stratégies d'attraction de la clientèle repose sur une différenciation accentuée des produits en terme de qualité et d'originalité ⁽⁸⁾. Pour étayer la qualité de "produit spécifique", la Cour d'appel de Paris a retenu "*la qualité des produits reconnue depuis plus d'un siècle*" et le "*caractère quasiment mythique*" des jeans Levi's. Mais elle a pris aussi le soin de rappeler un avis de la Commission de la concurrence, rendu le 20 octobre 1983, qui avait analysé le marché des jeans et avait

⁶ D. Ferrier, La considération juridique du réseau, Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, n°13.

⁷ M.-N. Boutin-Arnaud et S. Tasmadjian, Le vêtement : création, conception, fabrication, Nathan 1997.

⁸ M. Glais, L'analyse économique de la clientèle, in Clientèle et concurrence, Approche juridique du marché, CREDA, Litec 2000, p.16.

reconnu l'existence de marques de haut de gamme susceptibles de justifier l'organisation de distribution sélective.

8. - L'absence de notification préalable n'a pas d'incidence sur la validité du contrat. La société Auchan France tentait de faire valoir que le réseau n'était pas valable, car la société Levi Strauss n'avait pas notifié aux autorités communautaires la base contractuelle du réseau. L'argument est vain. La notification a été largement utilisée par les opérateurs économiques, soucieux d'assurer leur sécurité juridique. En effet, elle était une condition nécessaire pour que soit rendue une décision d'exemption sur le fondement de l'article 81 §.3 CE ⁽⁹⁾. Mais on ne saurait déduire l'illicéité d'un réseau de l'absence d'exemption, a fortiori de l'absence de notification préalable ⁽¹⁰⁾. En tout état de cause, **la notification préalable a été supprimée par le règlement n°2790/1999/CE du 22 décembre 1999** concernant l'application de l'article 81 §.3 aux accords verticaux, entré en vigueur le 1er janvier 2000 et applicable à compter du 1er juin 2000.

9.- L'agrément des distributeurs sur des critères proportionnés et non discriminatoires de qualité objective. La société Auchan France faisait valoir que les exigences du promoteur du réseau étaient floues. La Cour d'appel de Paris considère que des critères qui participent d'une présentation valorisante des produits "*ne sauraient être qualifiés de vagues par un professionnel de la distribution*". De fait, les exigences étaient assez traditionnelles : l'assortiment et la présentation de vêtements de marque de qualité dans l'environnement immédiat des jeans Levi's ; le service à la clientèle notamment par un personnel bien formé en matière d'habillement ; l'aménagement d'un espace spécifique avec possibilité d'une caisse particulière. De plus ces exigences étaient formulées de manière non pointilleuse, ce qui leur donnait un caractère tout à fait raisonnable. Il était donc mal venu de les critiquer pour leur caractère vague. En outre, elles ne visaient pas à exclure la grande distribution en tant que telle. Tous les critères posés par la jurisprudence communautaire étaient réunis ⁽¹¹⁾. La société Auchan France avait obtenu communication par la société Levi Strauss Continental des conditions générales de vente. Mais elle n'avait pas voulu s'y soumettre. Qu'ils s'agissent de jeans ou de parfums de luxe, on constate la même convoitise de la grande distribution pour le pouvoir d'attraction que certaines marques exercent sur la clientèle. Mais, quelle qu'en soit l'ampleur, des efforts d'adaptation doivent toujours être faits. La Cour d'appel de Paris souligne à bon escient que la Société Auchan France aurait pu faire de tels efforts, comme ceux qu'elle avait déjà fournis pour le matériel informatique, HI FI, la parapharmacie et les cosmétiques.

10. – Les prix imposés. La société Auchan France faisait valoir que le réseau de distribution sélective n'était pour son promoteur qu'un moyen commode destiné à imposer des prix. La critique est habituelle. Elle peut d'ailleurs porter. En effet, le règlement du 22 décembre 1999 a maintenu quelques clauses noires parmi lesquelles figure, dans son article 4-a), la clause relative à un prix de vente fixe ou d'un montant minimal. Mais encore faut-il prouver l'assertion, ce qui n'était pas le cas.

⁹ J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, L. Idot, Droit européen des affaires, PUF, Themis, t.1, p.308.

¹⁰ CJCE, 18 déc. 1986, VAG France c/ Magne, aff. C-10/86, Rec. CJCE, p.4071.

¹¹ TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/92 Yves Saint Laurent, aff. T-88/92 Givenchy, Contrats, conc., consom. 1997, n°1, p.13, L. Vogel.

11. - **Les changements d'analyse pour l'avenir.** L'analyse juridique, ici menée par la Cour d'appel de Paris, devrait laisser place à une analyse plus économique. Le règlement d'exemption du 22 décembre 1999 marque une forte rupture ⁽¹²⁾. Désormais, le concept de pouvoir de marché prévaut. Les lignes directrices sur les restrictions verticales décomposent la nouvelle approche de la manière suivante ⁽¹³⁾. En premier lieu, les entreprises doivent définir le marché pertinent et cerner leur part de marché. Si cette part ne dépasse 30%, elle bénéficie d'une présomption de restriction de concurrence non significative sous réserve de certaines conditions. C'est là où réside le grand enjeu de ce règlement. Au-delà de cette part de marché, il faut vérifier d'abord si l'accord relève de l'article 81 §.1, puis s'il peut bénéficier des conditions générales d'exemption de l'article 81 §.3. Les entreprises sont ainsi fermement invitées à se familiariser sans attendre avec cette nouvelle approche. Elles détiennent la clé de leur sécurité juridique par l'autoévaluation permanente de leur pouvoir de marché ⁽¹⁴⁾. Mais les juges nationaux sont eux aussi appelés à s'intéresser au contenu de ce règlement. Jusqu'alors, la compétence partagée avec la Commission se limitait à l'application de l'article 81 §.1. La Commission avait la compétence exclusive pour la mise en oeuvre de l'article 81 §.3. Or, ce point est remis en cause, par la Commission elle-même, dans la proposition de règlement relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE ⁽¹⁵⁾. Il s'ensuivra un changement de méthode pour **le juge national qui devra acquérir une nouvelle expertise dans le maniement de concepts économiques. Mais il deviendra par là-même un véritable acteur de la politique de concurrence** ⁽¹⁶⁾.

¹² V. le commentaire de J.-B. Blaise et L. Idot, RTDeur. 2000, p.741 ; C.D. Ehlermann, La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle, Rev. dr. de l'Union européenne, 2000.13.

¹³ Communication Comm. n°2000/C291/01, pt 120.

¹⁴ C. Prieto, L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique, Droit 21, 2001, ER 001

¹⁵ Pour une présentation, cf. L. Idot, Dalloz 2001, Cah. dr. aff., p.1370

¹⁶ Mme Favre, Conseillère à la Cour de cassation, Les défis de la mise en oeuvre : une compétence élargie pour les juges, in La modernisation des règles de concurrence européennes, Atelier du 2 mai 2001, Revue de la conc. et consom. juillet-août 2001, n°122, p.21.

II. – LA PROTECTION DU RESEAU PAR LA SANCTION DE LA CONCURRENCE DELOYALE

12. – La licéité du réseau étant acquise au regard du droit communautaire et national de la concurrence, le débat de la protection du réseau retrouvait toute sa place. L'action en concurrence déloyale contre les revendeurs parallèles demeure, pour le promoteur du réseau, une parade efficace à l'encontre des revendeurs parallèles. Cette action lui incombe au premier chef (A). Plusieurs types de fautes peuvent être invoqués pour défendre l'image, l'étanchéité et la valeur économique du réseau (B).

A. – Le promoteur du réseau, demandeur à l'action en concurrence déloyale

13. – La théorie de la concurrence déloyale repose sur un **principe de spécialité** qui, de prime abord, pourrait priver le réseau de sa protection dès lors que l'action est engagée par son promoteur. En effet, le chef du réseau n'est pas en concurrence directe avec le revendeur parallèle. Qu'il s'agisse du producteur ou d'une filiale servant d'intermédiaire entre lui-même et les membres du réseau, le chef de file ne vend pas directement les produits en cause, comme le fait le revendeur parallèle. Cependant, cette spécialité est appréciée de manière souple ⁽¹⁷⁾. Sont considérés comme concurrents **ceux qui visent la conquête ou la conservation d'une même clientèle**. Entrent alors, dans cette définition de la concurrence, **le producteur et le distributeur alors même qu'ils ne sont pas au même niveau du circuit économique** ⁽¹⁸⁾. A tout le moins, le revendeur parallèle pourrait être poursuivi pour parasitisme, simple prolongement de la concurrence déloyale, en faisant valoir qu'il profite, sans subir les contraintes de la commercialisation, d'un processus de valorisation du produit.

14. - La logique juridique rejoint ici la logique économique pour donner tout son sens à une action émanant du promoteur du réseau. Le préjudice est constitué par **l'atteinte à une organisation coûteuse et complexe, mise en place par le producteur qui intègre dans une même dynamique la fabrication et la commercialisation, à des fins de différenciation du produit** ⁽¹⁹⁾. Cette atteinte correspond à la très classique **désorganisation de l'entreprise**. De plus, il lui incombe de défendre la cohérence de l'ensemble contractuel qui repose sur l'étanchéité du réseau et, partant, sur les clauses faisant interdiction aux membres de revendre à des tiers. Son inaction constituerait même une défaillance contractuelle envers les membres du réseau ⁽²⁰⁾. En l'absence d'une personnalité juridique octroyée au réseau ⁽²¹⁾, il est logique

¹⁷ Il n'est plus exigé, semble-t-il, que les parties au litige partagent une clientèle commune, cf. Y. Serra, La notion de parties à l'action en concurrence déloyale, note sous Cass. com., 30 mai 2000, D. 2001, Cah. dr. aff., p.2587.

¹⁸ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2000, n°6017 ; M.-L. Izorche, Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, RTDCom. 1998-1, n°11.

¹⁹ M. Glais, L'analyse économique de la clientèle, in Clientèle et concurrence, Approche juridique du marché, CREDA, Litec 2000, n°24.

²⁰ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *ibid*, n°4444.

qu'il prenne l'initiative d'une action destinée à protéger le réseau dans son ensemble, après avoir exigé des adhérents des conditions coûteuses et contraignantes de commercialisation de ses produits. Mais il est évident que les adhérents peuvent aussi prendre cette initiative.

B. - Typologie des actes déloyaux à l'encontre des réseaux de distribution sélective.

15. - Au nom de l'effet utile du droit communautaire de la libre concurrence, il est acquis depuis 1983 que la revente parallèle à un réseau de distribution exclusive n'est pas constitutive en elle-même d'un acte de concurrence déloyale⁽²²⁾. Cette analyse a été étendue aux réseaux de distribution sélective⁽²³⁾ et maintenue malgré de fortes discussions relatives à l'absence d'exclusivité⁽²⁴⁾. Un infléchissement notable s'est tout de même produit. L'acte de revente ne saurait à lui seul constituer une faute. Mais **l'idée a été admise que certaines circonstances pouvaient néanmoins caractériser un comportement fautif du revendeur parallèle**⁽²⁵⁾. Dès lors, la protection de ces réseaux dépend de la possibilité de prouver une faute du revendeur parallèle. **Certains considèrent que c'est une voie trop étroite pour une protection suffisante**⁽²⁶⁾. Le nombre d'hypothèses est, il est vrai, restreint : la qualité usurpée de distributeur agréé, l'atteinte à l'image de marque, l'approvisionnement irrégulier et le parasitisme⁽²⁷⁾. **Cet arsenal n'est tout de même pas dépourvu d'efficacité, à condition que la jurisprudence maintienne le cap de la souplesse d'appréciation.**

16. – **Le mensonge ou la qualité usurpée de distributeur agréé** semble offrir déjà une bonne parade. En effet, les produits de la distribution sélective portent souvent sur leur conditionnement la mention "*ne peut être vendu que par un distributeur agréé*". Or, la jurisprudence retient que la vente avec cette mention est mensongère à l'égard du consommateur et qu'elle est de nature à favoriser la vente ; partant, cette commercialisation fautive est aussi constitutive de concurrence déloyale⁽²⁸⁾. Elle est même constitutive d'un acte de publicité mensongère à l'égard des consommateurs⁽²⁹⁾. Or, toute commercialisation illicite est elle-même constitutive d'un acte de concurrence déloyale en ce qu'elle crée un avantage concurrentiel injuste⁽³⁰⁾. Il est prétendu que les revendeurs parallèles auront bien évidemment

²¹ D. Ferrier, La considération juridique du réseau, Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, n°48.

²² Cass. com., 16 février et 12 juillet 1983, D. 1984, note D. Ferrier, p.489.

²³ Cass. com., 10 janvier 1989, D. 1989, 337 ; Cass. com., 21 mars 1989, D. 1989, note A. Bénabent, p.427.

²⁴ M. Béhar-Touchais, La protection du réseau de distribution, Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, Montchrestien 1996, p.53, n°9.

²⁵ Cass. com. 27 octobre 1992, RJDA 1/93, p.33 et M. et J.M. Mousseron, Le bonheur retrouvé de la distribution sélective, RJDA /93, p.7.

²⁶ B. Schaming, La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite, D. 2000, cah. dr. aff. n°11, p.177.

²⁷ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n°1363 et s.

²⁸ Cass. com., 27 octobre 1992, RJDA 1/93, aff. Goguet c/Dior, aff. Goguet c/ Courrèges, aff. Goguet c/ Rochas, n°20 ; 19 mai 1998, Bull IV, n°157

²⁹ Cass. com., 27 octobre 1992, RJDA 1/93, aff. Hermès c/ centre Leclerc Limoges Dis, aff. Dior c/ Sodigar Centre Leclerc, n°20 ; Cass. com. 21 juin 1994, aff. Hermès c/ SA Rocadis, 12/94, RJDA, n°1275, Bull. IV, n°235.

³⁰ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, préc., n°6027.

l'habileté de ne pas conserver cette mention⁽³¹⁾. Une telle habileté suppose néanmoins une modification du conditionnement et donc un coût qui peut être à lui seul dissuasif, sauf à spéculer sur l'impunité. Au demeurant, le simple fait d'oblitérer la mention sur l'emballage est fautif⁽³²⁾. Mais tous les produits concernés par la distribution sélective ne sont pas concernés par ce mode de protection, puisque certains ne sont pas commercialisés avec cette mention. Ainsi, les jeans ne présentent pas de telles étiquettes.

17. – **L'atteinte à l'image de marque** est aussi une parade utile, mais limitée peut-être aussi aux produits dont les conditions de distribution sont les plus exigeantes en terme de qualité. Plus ces conditions seront élevées, plus la caractérisation de la faute sera aisée. Peuvent être dénoncées des conditions de commercialisation dans un environnement dévalorisant pour un produit⁽³³⁾. Il en va de même si les produits en cause sont réduits à l'état de produits d'appel⁽³⁴⁾, pour des opérations de promotion⁽³⁵⁾, vendus avec des primes illicites⁽³⁶⁾ ou proposés dans une loterie⁽³⁷⁾. La faute constituée par des prix cassés, sans commune mesure avec une saine compétition sur les prix, est intéressante parce qu'elle permet à l'atteinte à l'image de dépasser le cercle des produits de luxe. Certes, on peut objecter que le revendeur parallèle aura l'habileté de ne pas se fourvoyer dans des procédés aussi grossiers et pourra dès lors profiter déloyalement des efforts de tout le réseau sans être inquiété⁽³⁸⁾. Il faut convenir que cette voie ne couvre pas tous les cas de figure. Ainsi, la distribution des jeans Levi's ne permettait pas de caractériser une atteinte grave à l'image du produit.

18. – **L'approvisionnement irrégulier** est intéressant, quant à lui, en ce sens qu'il concerne par définition tous les produits des réseaux de distribution sélective. C'est d'ailleurs cette faute qui est dénoncée par la société Levi Strauss. De plus, l'approvisionnement irrégulier permet de stigmatiser la source même de la distribution parallèle. Ce mode de protection est particulièrement efficace, dès lors que le réseau est réellement étanche. Cela suppose bien entendu des clauses interdisant aux membres de revendre à des tiers, parfaitement licites au regard des exigences communautaires et ainsi devenues des clauses de style dans les contrats de distribution sélective. **Mais l'efficacité suppose aussi que le producteur, promoteur du réseau, n'alimente pas lui-même les circuits parallèles à son réseau⁽³⁹⁾**. Sans cette alimentation par le fabricant lui-même, le revendeur parallèle est acculé à se procurer le produit en cause auprès de membres de réseau. Il est alors fautif au titre de la tierce complicité, en incitant le distributeur à méconnaître son engagement contractuel. Cette solution a été consacrée dans l'article L.442-6-I-6°, par la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté des relations commerciales.

³¹ B. Schaming, préc.

³² Cass. com., 19 mai 1998, Bull. IV, n°158.

³³ CA Aix-en-Provence, 5 mai 1994, Bull. Aix 1994, n°1, p.7, note E. Putman.

³⁴ Cass. com. 23 février 1993, Bull.civ. IV, n°70 ; Cass. com. 19 mai 1998, JCP 1998 éd. E, p.1193 ; Cass. com.

³⁵ Cass. com.21 juin 1994, Sorolec c/ Natalys, RJDA 12/94, n°1276.

³⁶ Cass. com. 25 janvier 2000, Petites affiches 2000, n°142, obs. M. Malaurie-Vignal.

³⁷ CA Paris, 18 nov. 1993, RJDA 1994, n°11, n°1130.

³⁸ B. Schaming, préc.

³⁹ A ce propos, la comparaison entre les parfumeurs et les constructeurs automobiles est flatteuse pour les premiers et expliquerait le plus grand succès de leur action en concurrence déloyale, cf. R. Goyet, Distribution sélective, étanchéité des réseaux et preuve de la concurrence déloyale, Cah. dr. entr. 1997-1, p.1.

19. - Le dispositif de sanction de l'approvisionnement irrégulier pourrait cependant être vain si la jurisprudence n'avait facilité **la preuve du promoteur du réseau** ou des membres de son réseau. La Cour de cassation a en effet admis une **présomption qui leur est favorable : si le revendeur parallèle conserve le silence sur l'origine de son approvisionnement, celui-ci est présumé irrégulier** ⁽⁴⁰⁾. C'est ce cas de figure qu'illustre le présent arrêt. La société Auchan refuse d'indiquer le nom de ses fournisseurs. Il est donc présumé qu'elle s'approvisionne auprès des membres du réseau, en violation de leurs obligations contractuelles. **Cette solution est tout à fait satisfaisante, sous réserve de deux conditions.** La première tient à **l'étanchéité du réseau respectée par le promoteur du réseau**, comme cela a été précédemment souligné. La seconde tient à **la sanction de l'interposition de personnes ou de l'approvisionnement de complaisance**. Ces risques de dérive sont développés dans la distribution des automobiles. La Cour de cassation a admis que le revendeur parallèle n'avait pas à vérifier l'acquisition régulière des véhicules par son propre vendeur ⁽⁴¹⁾. C'est une forme d'encouragement à l'interposition de personnes. D'autre part, la Cour de cassation a admis qu'un loueur de véhicules puissent revendre des véhicules neufs à des revendeurs parallèles, en l'absence de clauses d'interdiction du constructeur ⁽⁴²⁾. Il est donc de la plus haute importance que le promoteur du réseau s'assure de tous côtés de l'étanchéité du réseau, y compris dans ses relations contractuelles de vente directe auprès d'entreprises, en leur interdisant de revendre des produits neufs à des tiers ⁽⁴³⁾. A défaut, ce serait une forme d'encouragement à des approvisionnements de complaisance. Une jurisprudence antérieure n'a pas manqué de stigmatiser le caractère fautif des approvisionnements de revendeurs parallèles ayant recours à des montages frauduleux sur la base classique de l'interposition de personnes : achat des produits de luxe par des sociétés de façade, voire par "des sociétés coquille", qui revendaient des parfums à des sociétés d'importation pétrolière, celles-ci les revendant elles-même à des revendeurs parallèles aux réseaux de distribution sélective ⁽⁴⁴⁾. **La mauvaise foi du revendeur parallèle, dans ses relations avec son propre fournisseur**, devrait pouvoir être établie notamment par la prise en compte de l'objet social de ce dernier.

20. – Enfin, **le parasitisme** offre les perspectives de protection les plus larges. Des jalons solides ont déjà été posés dans la jurisprudence. Est fautif le fait de distribuer des produits sans être soumis aux contraintes habituelles des distributeurs agréés et en bénéficiant de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation ⁽⁴⁵⁾. Le caractère fautif est accentué lorsque le revendeur parallèle vend à des prix très inférieurs aux prix pratiqués en faisant une promotion dans la vitrine située à proximité d'un magasin

⁴⁰ Cass; com., 27 octobre 1992, aff. Pin ups c/ Azzaro, RJDA 1/93, n°19 ; Cass. com. 19 mai 1998, Bull. IV, n°157.

⁴¹ Cass. com., 19 octobre 1999 ; Cass. com. 25 janvier 2000, Petites affiches 2000, n°131

⁴² Cass. com., 7 oct. 1997, Contrats, conc., consom. 1998, n°10, obs. L. Vogel.

⁴³ A défaut de stipulations contractuelles expresses liant les loueurs professionnels de véhicules, la Cour de cassation a refusé de retenir le caractère fautif de l'approvisionnement du revendeur parallèle au réseau, cf. Cass. com., 10 fév. 1998, Contrats, conc., consom. 1998, n°61, obs. L. Vogel.

⁴⁴ Cass. com., 27 octobre 1992, aff. Goguet c/ Dior, aff. Goguet c/Courrèges, aff. Goguet c/ Rochas, RJDA 1/93, n°20.

⁴⁵ Cass. com., 27 octobre 1992, aff. Pin ups c/ Azzaro, RJDA 1/93, n°19.

vendant dans des conditions normales les produits en cause (⁴⁶). Il semble permis de viser le parasitisme économique, nonobstant un approvisionnement régulier, en relevant simplement que le revendeur s'appuie, sans contrepartie, sur les initiatives, les efforts, le renom légitime des membres du réseau (⁴⁷). L'important est alors de caractériser le profit illégitime (⁴⁸). Il s'agit de faire valoir les investissements matériels et intellectuels dont le "free rider" profite indûment. Les analyses économiques sont insuffisamment exploitées dans la démonstration. L'usurpation de la valeur économique d'autrui est un bon creuset pour assurer la protection de la valorisation du produit moyennant sa différenciation par des modes de distribution de qualité.

⁴⁶ Cass. com., 21 juin 1994, aff. Sorolec c/ Natalys, RJDA 12/94, n°1276.

⁴⁷ CA Paris, 14 janvier 1998, Gaz. Pal. 1998, 2, somm, p.510.

⁴⁸ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n°1369.