

ALA FRONTIÈRE DE LA DISTRIBUTION ET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : NOTION ET OBJECTIF DU « DAY ONE ».

Lorsque l'éditeur d'un produit culturel annonce une date de sortie, cette date de sortie est habituellement appelée « DAY ONE », c'est-à-dire premier jour. Ce jour est aussi important pour les consommateurs, lorsqu'ils attendent la sortie du produit, que pour les professionnels, éditeurs et distributeurs, qui doivent s'organiser pour que le produit soit disponible dans les quantités adaptées dans l'ensemble des points de vente.

En pratique, l'éditeur ne « communique » publiquement sur une date de sortie que pour les produits culturels les plus attendus par le consommateur, afin de créer une position d'attente du produit et de favoriser chez celui-ci un achat d'impulsion : sortie du « dernier » Harry Potter, Musso ou Levy, de la dernière version du jeu vidéo PES ou Metal Gear, voire du dernier iPhone.

L'éditeur peut – ce qui n'est pas toujours le cas – souhaiter que cette date soit respectée par tous les revendeurs afin que tous bénéficient de l'effet attendu. C'est alors une façon d'augmenter les ventes et maximiser l'impact de l'investissement marketing en créant l'attente chez le consommateur.

C'est alors un moyen de préserver l'ensemble de ses réseaux de distribution en plaçant les plus fragiles à égalité avec les plus solides.

L'éditeur aura alors l'appui des enseignes, certaines étant alors incitées à créer elles-mêmes des événements ponctuels, par exemple en ouvrant leur magasin dès 00 h 00 du jour de sortie.

Mais certains éditeurs ne communiqueront qu'une date *indicative* à l'attention du public et des revendeurs, pour profiter de cet effet de l'attente de la sortie tout en organisant simultanément des opérations anticipées de « trade marketing » avec une ou plusieurs enseignes sélectionnées. Naturellement, dans la dernière hypothèse, les autres distributeurs n'accepteront ce désavantage que si ils y sont contraints ou si une contrepartie leur est consentie.

Qui peut organiser un « day one » :

Les enseignes de distribution peuvent également vouloir scénariser le « day one ». Cependant, celui-ci ne sera considéré comme plus efficace que si la date



Gilles BUIS

retenue n'est pas seulement la date de l'enseigne, mais celle retenue sur l'ensemble du territoire national.

Pour forcer les distributeurs à respecter le « day one » et ne pas mettre en vente le produit avant cette date, les éditeurs disposent cumulativement ou alternativement de plusieurs outils : la propriété intellectuelle, l'engagement contractuel et le choix des dates de livraison du produit aux revendeurs.

Au sens de la propriété intellectuelle, le « day one » correspond à la date de première mise sur le marché. Jusqu'à cette date, l'éditeur choisit librement la date de sortie et de première commercialisation au sein de l'Union Européenne.

Après cette date, en vertu de la règle de l'épuisement des droits sur la marque, le titulaire des droits de propriété intellectuelle (marque) ne peut plus s'opposer à la commercialisation des produits concernés.

En pratique, la date d'introduction sur le marché correspond à la première vente au public par l'éditeur ou, si elle est antérieure et autorisée, à celle effectuée par l'un de ses revendeurs.

Si le caractère impératif d'une date leur est notifié, les distributeurs ne pourront contractuellement revendre au consommateur avant cette date.

L'article L.713-4 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que : « Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le com-

merce dans la Communauté économique européenne ou dans l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement. »

La jurisprudence de la CJCE a posé ce principe en ces termes : « Les droits conférés par la marque ne sont épuisés que pour les exemplaires du produit qui ont été mis dans le commerce sur le territoire avec le consentement du titulaire. Pour les exemplaires de ce produit qui n'ont pas été mis dans le commerce sur ce territoire avec son consentement, le titulaire peut toujours interdire l'usage de la marque conformément au droit que lui confère la directive. »¹.

La Cour de Cassation² en a tiré les mêmes conclusions et considère que la charge de la preuve incombe à celui qui veut se prévaloir de l'épuisement des droits³.

Toutefois, un arrêt du 20 novembre 2001 de la CJCE a admis la possibilité d'un consentement implicite du titulaire de la marque à la mise sur le marché dans l'UE alors qu'il revendait lui-même en dehors de celle-ci⁴. La principale difficulté concerne les introductions partielles ou limitées, par exemple la mise en vente d'un jeu produit sur certains supports uniquement, ou le téléchargement d'un livre numérique avant l'édition papier.

Une mise sur le marché sur le territoire de l'Union Européenne par téléchargement suffira-t-elle à retenir l'épuisement du droit pour tous supports ? La question dépend à notre avis de la définition que l'on donne au produit.

Par exemple, pour un livre, faut-il en cas d'introduction sur un support numérique pour « liseuses » et non sur papier considérer qu'il s'agit du même produit culturel, ce qui entraînerait l'épuisement des droits de l'éditeur sur la marque, ou de deux produits distincts, l'un numérique, l'autre papier ?

En serait-il de même pour les jeux vidéo, pour lesquels il est fréquent que le jeu téléchargé soit jouable sur une console désignée.

Si la question reste ouverte dans le cas du livre, il nous semble que l'introduction par téléchargement pour une console spécifique épuisera également

1 - CJCE 1^{er} juillet 1999 C-173/98

2 - affaire EPSON, Cass Com. 7 avril 2009 n°08-13.378

3 - Cass. Com. 9 avril 2002 n°99-15.428 : « Il incombe à l'opérateur qui invoque l'existence d'un consentement d'en apporter la preuve et non pas au titulaire de la marque d'établir une absence de consentement »

4 - C-414/99 Davidoff - 20 novembre 2001

automatiquement les droits du titulaire des droits sur la marque sur les supports matériels destinés à cette même console. Mais la question reste entière sur le fait de savoir une mise sur le marché par Internet ou pour une console spécifique a pour effet d'épuiser les droits sur l'ensemble des consoles.

Day one limité à certaines enseignes :

Afin de créer un « événement » marketing, l'éditeur peut également choisir de privilégier

- un circuit de distribution spécifique comme le téléchargement sur Internet ,
 - ou une ou plusieurs enseignes ,
- qui bénéficient alors de l'avantage concurrentiel d'une date de sortie anticipée, ce qui en pratique arrive fréquemment.

Naturellement, sous les réserves exprimées plus haut, le respect par les autres distributeurs de la date annoncée ne peut résulter que d'un engagement contractuel et non du droit de la propriété intellectuelle.

En effet, dans cette hypothèse, le produit introduit pour un distributeur entraîne l'épuisement du droit sur la marque à l'égard de tous.

Dans la pratique, la situation est plus complexe, car c'est souvent un distributeur et non l'éditeur qui souhaite scénariser la sortie d'un produit.

Or, c'est seulement l'éditeur qui est titulaire des droits de propriété intellectuelle. Il ne peut juridiquement pas être assimilé à un distributeur, qui lui ne dispose d'aucun droit sur la marque.

Et ce, d'autant plus que même lorsque qu'un distributeur est une société du même groupe que l'éditeur, il ne bénéficie souvent d'aucune exclusivité territoriale, ce qui permet aux autres distributeurs de s'approvisionner avant lui dans un autre pays.

Il en résulte que lorsque la filiale de distribution de l'éditeur d'un produit voudra scénariser un « day One », elle devra s'assurer du concours de l'éditeur qui seul sera juridiquement en mesure d'invoquer des droits de propriété intellectuelle devant la justice.

Son seul secours est d'adopter une attitude loyale à l'égard de l'ensemble de ses revendeurs et de n'en favoriser aucun.

Il bénéficiera en échange d'un capital sympathie qui les inciteront à favoriser un objectif commun.

Naturellement, si au lieu de pratiquer une politique égalitaire vis à vis de tous

les revendeurs l'importateur non exclusif préfère monter une opération qui favorise une ou plusieurs enseignes, il s'expose aux effets d'importations parallèles qu'il ne peut légalement interdire et qui contribuent de toutes façons à stimuler les ventes.

Raison pour laquelle si les tensions sont parfois vives les jours qui précèdent la sortie, il n'y a que très peu de jurisprudence relative au "Day One".

A moins bien sur que l'importateur ne bénéficie à la fois de l'exclusivité et des droits de la propriété intellectuelle et que par une ingénierie juridique, il n'ait soigneusement préparé le parcours de sortie. Ainsi, dans une affaire l'opposant un éditeur et distributeur exclusif d'un Jeu Vidéo sur la France, un site de vente et d'annonce en ligne a légitimement pu être condamné en référé sur le double fondement de l'article 6 de la LCEN⁵ et d'une information préalable par l'éditeur du caractère illicite de toute vente avant le « Day One ».⁶

Parfois interprétée à tort comme la reconnaissance d'un usage, cette décision résulte en réalité exclusivement de l'ingénierie juridique mise en œuvre à la sortie du jeu et reposait à la fois sur un manquement contractuels de revendeurs indécats et sur une interprétation appropriée de l'article 6 de la LCEN.

Pour assurer le respect de la date de sortie officielle, l'éditeur du jeu avait obtenu l'engagement contractuel dûment signé de l'ensemble de ses clients directs et indirects de respecter la date de sortie officielle.

Par ailleurs, étant simultanément distributeur exclusif sur l'ensemble de l'Europe, aucun revendeur ne pouvait s'approvisionner sans s'engager à respecter la date de sortie officielle.

Par précaution, l'éditeur / distributeur exclusif en avait également « officiellement informé » les principaux sites de revente en ligne, et du fait que toute vente avant cette date résulterait nécessairement d'un manquement contractuel d'un revendeur professionnel.

Que ce soit en qualité d'éditeurs ou d'hébergeurs au sens de la LCEN, les sites Internet étaient dès lors officiellement informés du caractère illicite de toute vente ou offre de vente avant cette date.

La date de sortie officielle s'imposait dès lors à la fois à tous les distributeurs (par contrat) ainsi qu'aux sites de petites annonces ou de vente en ligne (en raison du

caractère nécessairement illicite dont ils étaient informés).

Hors les textes précités reposant sur le droit des marques et l'ingénierie contractuelle, il n'existe en effet aucune règle conférant au « day one » un caractère obligatoire :

- Ni texte de loi,
- Ni usage reconnu
- Et aucune juridiction n'a jamais reconnu au « day one » la valeur d'un usage commercial qui s'imposerait à tous⁷.

La défense du jour de sortie se révèle donc très difficile.

Toute action reposant sur le droit des marques ne peut en effet émaner que de son titulaire, c'est-à-dire l'éditeur (et non d'une filiale de distribution) et relève de la compétence exclusive du Tribunal de grande Instance.

Mais il est rare que l'éditeur d'un produit assigne devant la justice les distributeurs qui contribuent même par leur indécatesse et le buzz qui en résulte au succès commercial du produit.

Les revendeurs qui s'estimeraient victimes de pratique déloyales peuvent naturellement invoquer l'argument d'une concurrence déloyale, mais doivent rapporter la preuve d'une faute du distributeur qui a anticipé la date de sortie.

Cette faute ne peut résulter que de la violation d'obligations contractuelles ou d'une vente avant mise sur le marché.

Encore sera-t-il nécessaire que l'éditeur n'ait pas accepté des ventes anticipées sur d'autres territoires de l'Union Européenne, ou à certains distributeurs, ou de ventes en ligne qui constituent des mises sur le marché.

En pratique, les éditeurs se réservent souvent la possibilité de vendre eux même par anticipation en ligne, ce qui réduit à néant les possibilités pour le distributeur d'invoquer le non respect de la date officielle de sortie, date qui se révèle alors purement indicative.

Gilles BUIS,
Avocat à la Cour , Médiateur
Droit commercial et des contrats
Secteurs Publicité, distribution, Internet et
commerce électronique
www.buis-avocat.fr



5 - Loi 2004-575 du 21 juin 2004 dite Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique

6 - Tribunal de commerce de Paris Ordonnance de référé 17 octobre 2006, Konami c/Priceminister - http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1776

7 - Hormis une simple décision provisoire de référé du tribunal de commerce de Lyon qui fait l'objet d'un appel.