

CONCURRENCE

• Pratiques restrictives de concurrence : déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties

Le Tribunal de commerce de Meaux, saisi par le ministre de l'économie, a jugé que la clause d'une convention annuelle permettant aux parties de résilier unilatéralement la convention en cas d'inexécution fautive des obligations et notamment en cas de sous-performance d'un produit par rapport aux objectifs fixés entre les parties d'un commun accord ou aux résultats annoncés par le fournisseur, créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le Tribunal a qualifié la clause de « potestative » considérant que le défaut de performance d'un produit était directement lié aux conditions dans lesquelles le distributeur présente à la vente ce produit. Le Tribunal a également considéré qu'il résultait un déséquilibre significatif de la clause sur les délais de paiement prévoyant que les prestations de services rendues par le distributeur étaient facturées suivant un calendrier d'acomptes déterminé en fonction du budget global convenu et non au fur et à mesure de leur réalisation, alors que les achats de produits aux fournisseurs étaient payés dans un délai de 30 à 60 jours suivant la réception des marchandises, ce qui permettait au distributeur de percevoir des sommes antérieurement à la réalisation des prestations qui servent de support à la facturation alors même que les prestations ont trait aux marchandises, objet du contrat principal. Le Tribunal a condamné le distributeur à une amende civile de 250.000 euros (TC Meaux, 6 décembre 2011, *Ministre de l'économie c./ Sté Provera France*).

• Entente anticoncurrentielle sur le prix des titres de transport aérien du monde (« billets TDM »)

Une agence de voyage française, spécialisée dans la vente de billets TDM, vend à ses clients des billets TDM au départ de Londres de deux compagnies aériennes (British Airways et Emirates) après avoir remarqué que les billets de ces compagnies aériennes sont beaucoup plus chers au départ de Paris qu'au départ de Londres. Les deux compagnies aériennes demandent à l'agence de voyage française un réajustement tarifaire correspondant au différentiel entre le prix départ Londres et le prix départ Paris au motif que leurs conditions générales de vente prévoient que le tarif de leurs billets ne peut être inférieur à celui applicable dans le pays de la vente.

La Cour d'appel, constatant que les clauses litigieuses des conditions générales de vente des deux transporteurs aériens mis en cause privent les agences de voyage nationales du bénéfice des conditions tarifaires plus avantageuses pratiquées dans d'autres Etats membres et qu'elles visent à limiter le commerce parallèle, juge que ces clauses sont anticoncurrentielles comme ayant un objet et des effets anticoncurrentiels sur le marché amont de la vente aux agences de voyage des billets TDM. Elle prononce la nullité de clauses des conditions générales de vente et la condamnation des compagnies aériennes à des dommages et intérêts (CA Paris, 14 décembre 1011, *Sté Emirates c./Sté Chadep*).

• Nullité d'une clause de non-concurrence

La Cour de cassation est appelée à statuer sur la validité d'une clause de non concurrence figurant dans un acte de cession de parts d'une société spécialisée dans le commerce de gros et de détail de pièces détachées pour automobiles. Faisant application du principe selon lequel les clauses de non concurrence doivent être proportionnées par rapport à la protection des intérêts en cause, la Cour de cassation rejette le pourvoi visant à contester la nullité de la clause prononcée par la Cour d'appel et confirme l'analyse de la Cour d'appel, à savoir que la clause était gravement attentatoire à la liberté commerciale dès lors : (i) qu'elle ne permettait plus au cédant de vendre des pièces détachées pour automobiles qu'à des particuliers, alors que l'essentiel du chiffre d'affaires de ce type de commerce se fait avec des professionnels, (ii) qu'elle interdisait également au cédant de recruter du personnel ayant appartenu à la société pendant cinq ans et (iii) soumettait celui-ci à des contrôles inquisitoriaux périodiques de la part de l'acquéreur (Cass. com. 13 décembre 2011 n°10-21.653 *Sté Tecnicar c./ Tete*).

• Exercice d'une activité concurrente par un associé de SARL

Une SARL est engagée pour réaliser la construction de la première des deux tranches d'un programme immobilier ; la seconde tranche est réalisée par une SCI, dont le gérant est aussi le gérant de la SARL. A l'occasion de l'action intentée par deux associés de la SARL réclamant la condamnation du gérant et d'un autre associé à des dommages-intérêts pour manquement à leur devoir de loyauté, la Cour de cassation rappelle, qu'en l'absence de stipulation contraire, l'associé d'une SARL n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société, ni d'informer celle-ci d'une telle activité, et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux.

La Cour de Cassation casse toutefois l'arrêt de la Cour d'appel pour n'avoir pas déterminé si le gérant n'avait pas manqué à son obligation de loyauté et de fidélité pesant sur lui en cette qualité, lui interdisant de négocier un marché dans le même domaine d'activité (Cass. com. 15 novembre 2011, Sté DL finances c./Albiac).

DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE

• Pratiques commerciales déloyales et pratiques commerciales trompeuses

La société Concurrence exploitant un magasin de vente de produits électroniques et audiovisuels ainsi qu'un site internet a conclu un accord de référencement avec la société Kelkoo. La société Concurrence invoque des pratiques illicites et trompeuses de la part de la société Kelkoo au motif que celle-ci ferait croire aux internautes qu'elle vend aux meilleurs prix et qu'elle ferait paraître des publicités illicites dans l'intérêt des concurrents de la société Concurrence car elles comporteraient des prix non mis à jour, des articles indisponibles et des périodes de validité non définies. La Cour d'appel fait droit aux demandes d'interdiction et d'injonction de la société Concurrence en considérant que la société Kelkoo poursuit une pratique trompeuse au sens des articles L 121-1 et L 120-2 du Code de la consommation en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour les prix en temps réel, d'indiquer les périodes de validité des offres, les frais de port et/ou d'enlèvement, les conditions de garantie des produits et les caractéristiques principales des produits ou services offerts. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'elle s'est déterminée sans vérifier si les omissions relevées étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur (Cass.com. 29 novembre 2011, Sté Kelkoo c./ Sté Concurrence).

• Contrefaçon de marque : liens sponsorisés sur Internet

La décision rendue par la CJUE le 22 septembre 2011 est une nouvelle illustration des questions soulevées par l'usage des marques d'un tiers dans le cadre du service « Adwords » de Google. Interrogée par voie préjudicielle par la High Court of Justice (England & Wales) Chancery Division (Royaume- Uni), en l'espèce pour l'usage par la société Marks & Spencer de la marque « Interflora » comme mot clé pour son activité de vente et livraison de fleurs, la CJUE répond aux questions posées dans les termes suivants :

- Les articles 5, paragraphe 1, sous a), de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, et 9, paragraphe 1, sous a), du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, doivent être interprétés en ce sens que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un concurrent de faire, à partir d'un mot clé identique à cette marque que ce concurrent a, sans le consentement dudit titulaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque cet usage est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque. Un tel usage :

- porte atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque lorsque la publicité affichée à partir dudit mot clé ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ;

- ne porte pas atteinte, dans le cadre d'un service de référencement ayant les caractéristiques de celui en cause au principal, à la fonction de publicité de la marque, et

- porte atteinte à la fonction d'investissement de la marque s'il gêne de manière substantielle l'emploi, par ledit titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs.

Les articles 5, paragraphe 2, de la directive 89/104 et 9, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 40/94 doivent être interprétés en ce sens que le titulaire d'une marque renommée est habilité à interdire à un concurrent de faire de la publicité à partir d'un mot clé correspondant à cette marque que ce concurrent a, sans le consentement dudit titulaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, lorsque ledit concurrent tire ainsi un profit indu du caractère distinctif ou de la renommée de la marque (parasitisme) ou lorsque ladite publicité porte préjudice à ce caractère distinctif (dilution) ou à cette renommée (ternissement) (CJUE 22 septembre 2011, aff. C-323/09 Interflora Inc. c/Marks & Spencer Plc).