

## ► Concurrence

### • Ententes anticoncurrentielles : clause de non-réaffiliation post-contractuelle et clause de préférence post-contractuelle

L'Autorité de la concurrence a été récemment saisie par la société Pomona pour se prononcer sur la licéité de la coopération horizontale réalisée au travers du groupement Creno regroupant des grossistes indépendants sur le marché de la distribution en gros des fruits et légumes et produits de la mer frais. L'Autorité de la concurrence conclut qu'il n'apparaît pas établi que la décision des grossistes adhérents à ce groupement de coopérer au travers de celui-ci, bien que constituant un accord entre concurrents actuels ou potentiels, présente en elle-même un caractère anticoncurrentiel. L'Autorité de la concurrence constate en effet que l'activité du groupement qui, grâce au référencement de grossistes indépendants, permet aux clients grands comptes de la RHD de globaliser leurs achats de produits sur une base nationale ou régionale et permet à des grossistes indépendants de répondre à cette demande, a un effet positif sur la concurrence. En l'absence de cette coopération, les grossistes indépendants n'auraient pas les moyens, à titre individuel, de démarcher la clientèle grands comptes de la RHD, puisque celle-ci a pour habitude de lancer des appels d'offres au niveau national.

Sur la clause de non-réaffiliation post-contractuelle d'une durée de deux ans, l'Autorité de la concurrence répond à l'argumentation de la société Pomona selon laquelle la clause constituerait une restriction de concurrence par objet en ce qu'elle limiterait la capacité d'un ancien adhérent de Creno à entrer en concurrence à l'égard des adhérents actuels et une restriction de concurrence par les effets en ce qu'il serait difficile, voire impossible, pour un grossiste indépendant et non affilié à un groupement organisé à l'échelle nationale, de poursuivre son activité de façon pérenne. L'Autorité de la concurrence constate, au vu de divers éléments, que la sortie du réseau d'un adhérent ne conduit pas nécessairement à une perte sensible de chiffre d'affaires avec les grands comptes, en particulier durant les deux premières années pendant lesquelles les contrats conclus peuvent se poursuivre. Elle constate que les anciens adhérents peuvent continuer d'exercer une pression concurrentielle à leur sortie du réseau à l'égard des autres opérateurs sur le marché. Enfin, l'Autorité de la concurrence constate que, compte tenu des barrières à l'expansion et à l'entrée relativement faibles, il n'est pas évident que la clause de non-réaffiliation post-contractuelle, justifiée par les attentes de la clientèle grands comptes sur la fiabilité et la pérennité de leurs partenaires nationaux, conduise à entraver l'expansion des groupes concurrents.

Sur le droit de préférence post-contractuel, qui permet au groupement de contrôler pendant un an, après le départ de l'adhérent, le transfert de fonds de commerce de l'ancien adhérent, l'Autorité de la concurrence conclut que, dans la mesure où le caractère anticoncurrentiel de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle n'est pas établi, l'objection formulée par la société Pomona sur la licéité de la clause de préférence post-contractuelle n'est pas pertinente (décision n°11-D-03 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais).

### • Pratiques restrictives de concurrence : une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité sur l'article L 442-6 du Code de commerce relatif aux relations commerciales

Le Conseil constitutionnel est à nouveau saisi, par arrêt de la Cour de cassation, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Système U Centrale Nationale, dans le cadre d'un litige l'opposant au ministre de l'économie mettant en cause ses pratiques commerciales. La question posée est la suivante : l'article L 442-6 III, alinéa 2 du Code de commerce par application duquel le ministre de l'économie peut solliciter la nullité des clauses ou contrats illicites (notamment contrats prévoyant l'octroi rétroactif de remises et ristournes, le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande) et demander la répétition de l'indu en l'absence dans la procédure des fournisseurs concernés, voire sans l'accord de ceux-ci, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, plus précisément, aux droits de la défense, au droit d'agir en justice et au droit de propriété du fournisseur et du distributeur ? (Cass.com. 8 mars. 2011, Sté Système U Centrale Nationale c./ Ministre de l'économie et des finances).

### • Formation du contrat : le silence vaut acceptation

Le principe est que le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée. Dans certaines circonstances toutefois, le silence peut valoir acceptation : il en est ainsi du silence d'une clinique en redressement judiciaire qui avait présenté au tribunal un plan de continuation sur la foi de l'engagement pris par son dirigeant d'apporter une somme déterminée en compte courant. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier en constatant que l'engagement pris par son dirigeant pour permettre à la clinique de présenter un plan crédible à l'homologation du tribunal était une circonstance qui donnait au silence de la clinique la signification d'une acceptation (Cass.com. 18 janv. 2011, n°09-69831).

### • Nouvelle version des Incoterms

Une nouvelle version des Incoterms 2010 est entrée en vigueur le 1er janvier 2011. Ils actualisent et consolident les règles, en réduisant leur nombre total de 13 à 11, et ont pour objectif d'offrir une présentation plus claire et plus simple de ces règles.

### • Reproduction de photographies : cession des droits d'exploitation

La Cour de cassation rappelle une jurisprudence bien établie : le photographe qui a cédé ses droits de production de diapositives pour la réalisation d'un dépliant, n'a pas cédé ses droits pour la réalisation de sets de table : la cession du droit de reproduction d'une œuvre de l'esprit est limitée aux modes d'exploitation prévus par le contrat (Cass.com. 30 sept. 2011, X c./Sté d'édition André Y...et fils).

### • Contrefaçon de marque : utilisation de marques comme mots clés de recherche sur Internet

La Cour d'appel de Paris, faisant application des critères posés par la Cour de justice de l'Union européenne (aff. C-238/08 - 23 mars 2010), rejette l'action en contrefaçon formée par les titulaires de marques visant à interdire l'usage par des concurrents de ces marques comme mots clés dans le cadre du service de référencement payant AdWords. La Cour d'appel constate que n'est pas caractérisée en l'espèce une atteinte à la fonction essentielle de la marque qui est de garantir l'identité d'origine des produits et services marqués dès lors qu'il a été relevé que l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif, appelé à consulter les résultats affichés en réponse à une recherche au sujet de la marque, est en mesure de distinguer les produits ou services du titulaire de cette marque de ceux qui ont une autre provenance. La Cour d'appel examine notamment (i) l'impression d'ensemble produite par la page d'écran pour conclure que l'internaute peut opérer à première vue une discrimination entre les informations classées sous la colonne de gauche afférente aux résultats naturels et les informations classées sous la colonne de droite contenant la bannière « liens commerciaux », (ii) les noms de domaine figurant sous les annonces publicitaires qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un quelconque rattachement avec le titulaire de la marque et (iii) la formule de clôture « Et pourquoi pas votre propre annonce » qui montre de la manière la plus explicite et indique par là même que les produits et services visés par ces liens ne proviennent pas d'une entreprise économiquement liée au titulaire de la marque (CA Paris, 2 fév. 2011, Sté Google France c./Sté Auto IES).

### • Contrefaçon de droits d'auteur : diffusion de vidéos sur Internet

La Cour d'appel de Paris condamne les sociétés Google Inc. et Google France pour n'avoir pas agi promptement dans l'arrêt de la diffusion illicite de contenus stockés sur leur site [www.video.google.fr](http://www.video.google.fr) (il s'agissait d'une vidéo intitulée « l'affaire Clearsteam » protégée par un droit d'auteur). La Cour d'appel énonce que les sociétés Google peuvent bénéficier, lorsqu'elles se limitent à une activité de prestataire d'hébergement, du statut d'hébergeur au sens de la loi sur la confiance dans l'économie numérique. En l'espèce, elle conclut que celles-ci ne pouvaient toutefois se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue par la loi constatant qu'il leur appartenait non seulement de retirer la vidéo signalée comme illicite des liens qu'elles avaient identifiés, ce qu'elles ont fait promptement le jour même de la notification adressée par le titulaire des droits d'auteur, mais également de mettre en œuvre tous les moyens techniques, dont elles ne contestaient pas disposer, en vue de rendre l'accès à ce contenu impossible, ce qu'elles n'ont pas fait en laissant le contenu réapparaître. La Cour d'appel constate en outre que les sociétés Google ont excédé en l'espèce leur service de pur référencement et ont commis des actes de contrefaçon en assurant sur leur site la représentation de la vidéo protégée par un droit d'auteur (CA Paris, 14 janv. 2011, Sté Google Inc./Bac Films, The Factory).