

CONCURRENCE

- **Loi de modernisation de l'économie (« LME » n° 2008-776 du 4 août 2008) : Les modifications apportées au droit de la concurrence**

La LME crée une « Autorité de la concurrence » en remplacement du Conseil de la concurrence, dont l'organisation est sur certains points modifiée et dont les pouvoirs sont renforcés.

✓ Organisation :

Les services de l'instruction sont désormais dirigés par le rapporteur général qui nomme les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents et non permanents et les enquêteurs des services d'instruction. Il est créé en outre une fonction de « conseiller auditeur », possédant la qualité de magistrat, qui est chargé de recueillir les observations des parties sur le déroulement des procédures les concernant après la notification de griefs, de transmettre au président de l'Autorité un rapport évaluant ces observations, et de proposer tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

✓ Concentration :

Le contrôle des concentrations est transféré à l'Autorité de concurrence. Le ministre de l'Economie conserve toutefois des pouvoirs : il peut demander un examen approfondi de l'opération (phase II) à l'issue de la décision prise par l'Autorité de la concurrence lors du premier examen (phase I) ; il peut également, à l'issue de la procédure d'examen approfondi, évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence (notamment motifs de développement industriel, de compétitivité des entreprises, de création ou de maintien de l'emploi).

De nouveaux seuils de notification des opérations de concentration sont créés pour les opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application du contrôle communautaire. Les premiers seuils concernent les concentrations, auxquelles deux au moins des parties exploitent un ou plusieurs magasins de commerce au détail, lorsque deux conditions sont réunies :

- (i) le chiffre d'affaires total mondial hors taxe de l'ensemble des parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
- (ii) le chiffre d'affaires total hors taxe réalisé en France dans le secteur du commerce au détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros.

Les seconds seuils concernent les concentrations, auxquelles une au moins des parties exerce une activité dans un ou plusieurs DOM ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, lorsque deux conditions sont réunies :

- (i) le chiffre d'affaires total mondial hors taxe de l'ensemble des parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
- (ii) le chiffre d'affaires total hors taxe réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros.

- **Ententes : mise en place d'une procédure de transaction communautaire**

La Commission européenne a adopté le 30 juin 2008 un règlement qui met en place une procédure de transaction dans les affaires d'ententes (Règlement n°622/2008 du 30 juin 2008 modifiant le règlement CE n°773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente et communication de la Commission du 2 juillet 2008). Cette procédure est ouverte aux parties qui auront décidé, après avoir pris connaissance des éléments de preuve dont dispose la Commission, de reconnaître leur participation à l'entente et leur responsabilité. En échange de cette reconnaissance, le montant de l'amende pourra être réduit de 10%.

- **Concurrence déloyale et contrefaçon**

Conformément à une jurisprudence bien établie, l'action en concurrence déloyale ne peut se cumuler avec une action en contrefaçon qu'à la condition de reposer sur des faits distincts de la seule diffusion de produits contrefaisants.

Dans une affaire opposant une société fabricante de flacons de parfums d'une collection notoirement connue (il s'agissait des parfums Jean-Paul Gaultier) à une société reconnue coupable de contrefaçon des droits de propriété intellectuelle protégeant lesdits flacons, la Cour de cassation a eu l'occasion de matérialiser l'existence de faits distincts : en recherchant sur Internet les parfums de la collection Jean-Paul Gaultier, l'internaute était conduit à l'offre de parfums vendus dans des flacons contrefaisants avec les mentions « style Gaultier » ou présentés comme des fragrances « inspirées » des parfums Jean-Paul Gaultier au prix de 7 € au lieu de 40 à 60 €. Ces faits étaient de nature à entraîner la condamnation de la société responsable de la diffusion de ces messages à la réparation d'un préjudice sur le fondement de la concurrence déloyale et parasitaire (Cass. com. 1er juillet 2008, Sté Senteur Mazalc./Sté BPI).

Dans une autre affaire, il a été récemment rappelé que ne constituaient pas en revanche des faits distincts le simple fait que les produits contrefaisants soient vendus à un prix inférieur au prix pratiqué par l'entreprise victime de la contrefaçon (Cass. com. 26 février 2008, Sté Neyriat c./Torelli).

DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE

- **Marque : l'usage de la marque d'autrui**

- ✓ Saisie d'une question préjudicielle par la Court of Appeal (England & Wales), la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a eu l'occasion de rappeler, dans une affaire de publicité comparative opposant deux sociétés concurrentes prestataires de services de téléphonie mobile (O2 et H3G), que le titulaire d'une marque enregistrée ne peut interdire l'usage par un tiers d'un signe identique ou similaire à sa marque (en application de la directive 89/104 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques), que si les quatre conditions suivantes sont réunies :
 - (i) cet usage doit avoir lieu dans la vie des affaires ;
 - (ii) il doit être fait sans le consentement du titulaire de la marque;
 - (iii) il doit être fait pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée, et :
 - (iv) il doit porter atteinte ou être susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services, en raison d'un risque de confusion dans l'esprit du public.

Faisant application de ces critères, la Cour constate que l'usage par H3G, dans la publicité comparative litigieuse, d'images de bulles similaires aux marques bulles de O2 n'a pas fait naître un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs et que la publicité ne suggérerait pas qu'il y eût un quelconque lien commercial entre O2 et H3G (CJCE, 12 juin 2008, aff. C-533/06, O2 Holdings Ltd c./Hutchinson 3G UK Ltd). Le quatrième critère n'était donc pas rempli.

✓ La Cour de cassation, dans trois arrêts rendus le même jour (Cass.com. 20 mai 2008, Google c./Sté CNRRH ; Stés Viaticum et Luteciel c./Google ; Sté Google c./Sté L. Vuitton Malletier), pose trois questions préjudicielles à la CJCE relatives à la responsabilité des moteurs de recherche qui proposent des liens commerciaux grâce à des mots clés reproduisant les marques d'autrui. Les questions juridiques soulevées sont les suivantes :

- La réservation par un opérateur économique, par voie de contrat de référencement payant sur Internet, d'un mot-clef déclenchant, en cas de requête utilisant ce mot, l'affichage d'un lien proposant de se connecter à un site exploité par cet opérateur afin d'offrir à la vente des produits ou services identiques ou similaires à ceux visés dans l'enregistrement d'une marque déposée par un tiers, sans l'autorisation du titulaire de cette marque, caractérise-t-elle un acte de contrefaçon (au sens de la directive 89/104) ?
- Le moteur de recherche peut-il, comme l'opérateur, engager sa responsabilité pour contrefaçon ?
- Le moteur de recherche pourrait-il être qualifié d'hébergeur au sens de la directive 2000/31 sur le commerce électronique de sorte que sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il n'ait été informé par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur ?

Les réponses à ces questions sont attendues dans les prochains mois.

• Agent commercial : commissions

Lorsque l'agent est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminées, il a droit à une commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe, outre la commission perçue pour toute opération conclue grâce à son intervention (article L 134-6 du Code de commerce).

Saisie à titre préjudiciel par la Cour de cassation, la CJCE a dit pour droit que la directive 86/653 relative aux agents commerciaux indépendants devait être interprétée en ce sens que l'agent chargé d'un secteur géographique n'avait pas droit à la commission pour les opérations conclues par des clients appartenant à ce secteur avec un tiers, en l'absence d'intervention, directe ou indirecte, du mandant (CJCE, 17 janvier 2008, aff. C-19/07, Héritiers de Paul Chevassus-Marche c./Danone). En application de cette règle, la Cour de cassation a rejeté le droit à commission d'un agent, chargé de représenter le groupe Danone sur les îles de la Réunion et de Mayotte, au titre des ventes parallèles effectuées par des centrales d'achat à des clients situés sur ces territoires exclusifs de l'agent, en l'absence d'implication démontrée dans ces ventes du mandant (Cass. com. 1er juillet 2008, Chevassus-Marche c./Sté Groupe Danone).

