

► Concurrence

• Entente anticoncurrentielle : exclusivité consentie par Apple pour la commercialisation de l'iPhone - suite

La Cour de cassation casse pour défaut de base légale l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 4 février 2009, qui avait rejeté l'appel de France Télécom, d'Orange, d'Apple Inc. et Apple Sales International contre la décision du Conseil de la concurrence (décision n°08-MC-01 du 17 décembre 2008). Le Conseil de la concurrence, après avoir retenu l'existence d'une atteinte grave et immédiate portée à l'économie du secteur des services de téléphonie mobile et à l'intérêt des consommateurs en raison d'accords d'exclusivités liant les sociétés Apple aux sociétés France Télécom et Orange relativement au terminal iPhone fabriqué par Apple, avait prononcé des mesures conservatoires consistant notamment en la suspension de clauses contractuelles faisant d'Orange l'opérateur mobile exclusif pour les terminaux iPhone.

La Cour de cassation constate que la Cour d'appel n'a pas recherché, comme elle y était invitée :

- si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et Internet haut débit mobiles associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone ;
- si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhones, et non d'un revenu additionnel, était pertinente pour apprécier si l'exclusivité accordée à Orange était effectivement justifiée par la nécessité d'amortir les investissements consentis par celle-ci pour le lancement de l'iPhone en France. Cela revenait à considérer qu'Orange n'aurait pas pu conserver ou acquérir une partie de ses clients sans l'iPhone (Cass.com. 16 fév. 2010).

L'arrêt de la Cour de cassation intervient après que l'Autorité de la concurrence ait, aux termes d'une décision rendue le 11 janvier 2010 (décision 10-D-01), accepté et rendu obligatoires les engagements pris par Apple et Orange visant à répondre aux préoccupations de concurrence et à clore la procédure au fond. Par ces engagements, Apple et Orange se sont en substance engagées, pour une durée de trois ans, à ne pas conclure d'accords d'exclusivité portant sur la distribution en France des modèles actuels d'iPhone, à l'exception d'accords d'exclusivité portant sur des modèles futurs dont la durée ne serait pas supérieure à trois mois.

• Entente anticoncurrentielle et abus de position dominante : exclusivité dans le secteur des titres cadeaux prépayés

Aux termes d'une décision rendue le 2 mars 2010, l'Autorité de la concurrence rejette la demande de mesures conservatoires formulée par la société Titres Cadeaux. Cette demande visait à ce que la société Kadéos cesse de proposer des exclusivités à son profit aux enseignes de distribution susceptibles d'accepter ses cartes cadeaux au motif que ces exclusivités prévues dans les contrats conclus avec ces enseignes de distribution avaient pour objet ou pour effet de verrouiller les marchés de la distribution et de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes.

L'Autorité de la concurrence constate que (i) la société Kadéos est susceptible de détenir une position dominante sur les marchés français de l'acceptation et de la distribution de cartes cadeaux multi-enseignes (du fait de ses parts de marché, des positions de marché significatives des enseignes affiliées à la société Kadéos, de son savoir-faire, de son antériorité sur ces marchés), (ii) la portée des exclusivités à son profit pourrait être significative (du fait de la position des enseignes affiliées notamment) et (iii) la durée des exclusivités pouvant s'étendre jusqu'à cinq ans pourrait être considérée comme excessive (sous réserve de la justification de ces exclusivités par la nécessité de rentabiliser des investissements, par les gains d'efficacité profitant aux parties concernées et de la confirmation de la position dominante de la société Kadéos). Ces constatations justifient que soit poursuivie l'instruction au fond du dossier. En revanche, l'Autorité de la concurrence relève que les pratiques dénoncées sont anciennes et qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir qu'un fait nouveau aurait aggravé la situation de l'économie, du secteur ou des consommateurs ou celle de la société Titres Cadeaux et rendrait particulièrement urgente leur protection par l'octroi de mesures conservatoires (décision n°10-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le secteur des titres cadeaux prépayés).

- **Abus de position dominante : livraison par Aventis de produits gratuits aux hôpitaux**

Aux termes d'une décision rendue le 14 janvier 2010, l'Autorité de la concurrence a décidé qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre la procédure intentée par le ministre de l'économie visant les pratiques mises en œuvre par Aventis sur le marché des héparines à bas poids moléculaire ou « HBPM » (des médicaments aux propriétés anticoagulantes). Le ministre dénonçait la distribution, à titre gratuit, de ces HBPM (médicaments vendus par Aventis sous la marque Lovenox) par Aventis considérant que cette distribution avait nécessairement eu un objet anticoncurrentiel consistant dans le maintien et le développement des parts de marché d'Aventis à l'hôpital afin, eu égard à l'effet source (les médicaments prescrits à l'hôpital sont ensuite prescrits en ville), d'accroître, au détriment de ses concurrents, ses parts de marché en ville où Lovenox bénéficie d'un prix de vente régulé parmi les plus élevés du marché. Par ailleurs, cette pratique de gratuité à l'hôpital aurait produit un effet d'éviction à l'encontre du laboratoire Léo Pharma, qui aurait été contraint de sortir du marché hospitalier et aurait vu ses ventes en villes entravées.

L'Autorité de la concurrence constate que l'effet source est probable mais qu'il peut être contourné notamment par l'intermédiaire d'une stratégie commerciale idoine, ciblée sur le marché en ville, et que l'objet anticoncurrentiel dénoncé n'est pas corroboré par les éléments de fait : d'autres laboratoires qu'Aventis ont pratiqué, avant elle, la gratuité des HBPM et Léo Pharma aurait pu supporter financièrement une politique de gratuité ; en outre, la pratique de gratuité dénoncée n'a conduit ni à l'éviction de Léo Pharma du marché en ville, ni même à une baisse de ses parts de marché (décision n°10-D-02).

- **Procédures concurrence : le secret des affaires dans les procédures conduites devant l'Autorité de la concurrence**

L'Autorité de la concurrence publie sur son site des questions-réponses relatives à la protection du secret des affaires dans les procédures traitées par elle. Des réponses sont fournies aux entreprises concernant notamment la demande de protection du secret des affaires (qui peut porter une demande, sur quelles pièces, dans quel délai...) et la levée de la protection du secret des affaires.

- **Publicité en ligne : demande d'avis**

L'Autorité de la concurrence est saisie d'une demande d'avis concernant le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité sur Internet. Elle annonce, dans un communiqué publié le 18 février 2010, qu'elle s'interrogera notamment sur la définition des marchés pertinents et qu'elle analysera l'environnement concurrentiel, composé des différents acteurs intervenant dans ce secteur (moteurs de recherche, éditeurs de site, annonceurs,...).

► Distribution - Propriété intellectuelle

- **Marque : l'usage de la marque d'autrui par les moteurs de recherche (affaire Google)**

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) avait posé trois questions préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés Européennes (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 étaient les suivantes : la réservation par un opérateur économique, par voie de contrat de référencement payant sur Internet, d'un mot-clé 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 de celui-ci, 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 viennent d'être énoncées par la CJCE dans un arrêt rendu le 23 mars 2010 (aff. C-236/08 à C 238/08) résumé ci-après :

- les dispositions communautaires (notamment l'article 5, paragraphe 1 sous a) de la directive 89/104) doivent être interprétées en ce sens que le titulaire d'une marque est habilité à interdire, sous peine de contrefaçon, à un annonceur de faire, à partir d'un mot clé identique à ladite marque sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée lorsque ladite publicité est de nature à porter atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque (fonction qui permet de déterminer la provenance des produits) ;
- le moteur de recherche n'engage pas sa responsabilité au titre de la contrefaçon dès lors qu'il ne fait pas un « usage » de la marque au sens des dispositions communautaires susvisées ;
- l'article 14 de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que le moteur de recherche ne peut bénéficier du régime de responsabilité de l'hébergeur que s'il n'a pas joué un rôle actif de nature à lui donner une connaissance ou un contrôle du contenu des données stockées. S'il est qualifié d'hébergeur, ledit moteur de recherche ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement rendu inaccessibles lesdites données.

• **Responsabilité civile : soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties**

Le Tribunal de commerce de Lille, saisi d'une action introduite par le ministre de l'économie, prononce le premier jugement sur l'application des dispositions de l'article L 442-6.I.2° du Code de commerce sanctionnant le « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales imposé par un partenaire, en l'occurrence un distributeur de la grande distribution spécialisée dans le bricolage (Castorama), à ses cocontractants fournisseurs. Il sanctionne la pratique de Castorama qui a exigé de ses fournisseurs, à compter de 2009, le paiement des ristournes de fin d'année sous forme d'acomptes mensuels. Le Tribunal constate que les délais de paiement pratiqués par Castorama (qui bénéficie d'un accord dérogatoire sur les délais de paiement dans le secteur du bricolage) pour payer ses fournisseurs et ceux exigés pour les règlements des acomptes par les fournisseurs révèlent un différentiel de deux à trois mois défavorable aux fournisseurs. Cette constatation est aggravée par le fait que Castorama a obtenu en 2009 une augmentation sensible du poids des marges arrières et qu'elle a imposé parallèlement des pénalités, en cas de retard de paiement des acomptes mensuels, à un taux journalier de 1% (qualifié « d'exorbitant » et « usuraire »), payables par compensation, ainsi qu'un paiement de ces acomptes par virement sans que ce mode de paiement n'ait fait l'objet d'une négociation avec les fournisseurs. Le Tribunal relève enfin que Castorama n'a pas prévu dans les contrats de clause de modification des acomptes en cas de baisse significative du volume d'affaires réalisé par Castorama avec ses fournisseurs.

Le Tribunal enjoint à Castorama de cesser les pratiques dénoncées et la condamne à une amende civile de 300 000 € (T. com. Lille, 6 janv. 2010).

• **Concurrence déloyale : actes de dénigrement**

Constitue un acte de dénigrement le fait pour une société spécialisée dans la vente en ligne de compléments nutritionnels pour sportifs, la société Direct Distribution International Limited (DDI), de publier sur son site Internet une mention informant les consommateurs qu'un fournisseur (en l'espèce, la société L et S propriétaire des marques « NTI » et « First American Nutrition ») refuse la publication d'avis dénigrant ses produits, écrits par des consommateurs, et qu'en conséquence elle n'a pas d'autre choix que de supprimer tous les avis, positifs ou négatifs, concernant les produits de ce fournisseur.

En réponse à l'argument de la société DDI contestant sa responsabilité du fait de la publication d'avis négatifs (avant le retrait de ceux-ci), la Cour de cassation confirme la motivation de l'arrêt d'appel affirmant que le distributeur de produits en ligne ne bénéficie pas du régime de responsabilité réservé aux fournisseurs d'hébergements qui assurent, pour mise à disposition du public par des services de communication en ligne, le stockage de contenus à la demande du destinataire de ces services. La responsabilité civile de ces fournisseurs, telle qu'elle résulte de la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) ne peut être mise en cause que si, ayant eu effectivement connaissance du caractère illicite des activités ou des informations stockées, ils n'ont pas agi promptement pour retirer ces données (Cass. com. 24 nov. 2009, Sté Direct Distribution International Limited c./Sté L et S).

• Opération publi-promotionnelle : avis de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) du 27 janvier 2010

Saisie par une association intervenant dans le domaine du droit du marketing, la CEPC a considéré légale une opération publi-promotionnelle, par laquelle une enseigne s'engageait à créditer, sous forme de bons d'achat, le compte fidélité de ses clients si un plusieurs produits identiques à ceux achetés étaient offerts à un meilleur prix dans le catalogue promotionnel d'une enseigne concurrente (avis n°10-03 sur la licéité d'une opération publi-promotionnelle menée par un distributeur).

La CEPC rejette les trois griefs émis par l'association à l'encontre de l'opération sur :

- la violation de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur : la CEPC relève que cet arrêté n'est pas applicable aux publicités non chiffrées. L'opération annoncée ne consiste pas à diminuer le prix de vente des articles du distributeur mais à promettre, sous condition, l'octroi d'un bon d'achat, assimilable à une prime et non à une ristourne ;
- l'entente tacite entre distributeurs : la CEPC s'estime incompétente pour se prononcer sur ce sujet qui entre dans le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence ;
- le parasitisme commercial : la CEPC considère que la « garantie promo », décrite dans les documents relatifs à l'opération, n'apparaît pas relever de la qualification de parasitisme de la politique de prix des concurrents de l'annonceur.